



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

미필적 고의에 관한 연구

- 살인죄를 중심으로 -

2018년 2월

서울대학교 대학원

법학과 형사법전공

노 형 미

미필적 고의에 관한 연구

- 살인죄를 중심으로 -

지도교수 한 인 섭

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2017년 10월

서울대학교 대학원

법학과 형사법전공

노 형 미

노형미의 석사 학위논문을 인준함

2017년 12월

위 원 장 이 용 석 (인)

부위원장 이 상 욱 (인)

위 원 한 인 섭 (인)

국문초록

형법 제13조는 고의에 관한 규정으로 “죄의 성립요소인 사실을 인식”한 경우, 즉 원칙적으로 고의범이 처벌대상이 됨을 규정하고 있다. 판례는 ‘미필적 고의’라는 용어를 사용하여 확정적 고의와 구성요건적 행위에 대한 인식과 의사의 정도에서 차이가 있는 미필적 고의라는 개념을 사용하고 있다. 그러나 ‘미필적(未必的)’이라는 단어는 미필적 고의라는 용어 외에는 다른 곳에서 쓰이지 않는 말로, 그 자체로 의미를 파악하기 어렵기 때문에 그 개념에 대한 논의가 분분하며 판단기준이 법원의 해석에 맡겨져 있는 것으로 보이는데, 이는 죄형법정주의 측면에서 타당한지 의문이다.

이 논문에서는 판례의 미필적 고의에 대한 설명과 판단에 사용되는 기준이 적절한지, 문제점이 있다면 개선방안은 무엇인지 검토하고자 하며, 논의의 범위는 고의의 의지적 요소를 요하며 고의유무에 따라 죄명 및 처벌정도가 현격히 달라져 고의에 관한 다툼이 치열한 살인죄로 한정하였다. 살인미수죄 유죄인정시 미필적 고의를 이유로 하는 경우는 절반에 가까운 비율을 차지하고 있다는 연구가 있어 미필적 고의에 대한 논의 필요성이 더욱 부각된다.

기본 전제로 현재 논의되고 있는 미필적 고의와 인식있는 과실에 대한 학설의 입장과 범죄성립의 주관적 요건에 대한 미국의 모범형법전을 살펴본 결과, 기존의 특정한 학설에 미필적 고의의 개념을 맞추어 해석하기 보다는 구체적이고 합리적인 판단 기준을 명시적으로 제시할 필요성이 있다고 판단되었다.

이에 살인죄의 미필적 고의가 치열하게 다투어졌으리라 예상되는, 수사기관과 각급 법원 간 살인죄의 고의 판단이 달랐던 판례를 주요 분석대

상으로 하여 각각의 판단기준과 근거를 분석하였다. 그 결과, 첫째, 판례에서 미필적 고의라는 개념을 설명하기 위하여 인식, 예견, 용인, 가능성 등의 단어를 혼용하고 있어 고의범의 하한이 되는 중요한 구성요건적 개념을 문언적으로 확정하기 어렵다는 점, 둘째, 고의 판단을 피고인의 진술에 의존하는 경향이 있는데 이는 피고인이 가진 방어권과 모순되며 수사기관의 유도에 의하여 대답이 달라질 수 있는 부분이라는 점, 셋째, 제시된 판단 기준이 추상적이어서 여전히 해석에 따라 결론이 달라질 여지가 존재하는 점, 넷째, 입증곤란의 문제 등이 주요 문제점으로 발견되었다. 고의의 하한선이라는 중요성을 감안할 때 미필적 고의를 좀 더 일반적으로 알기 쉽게, 그리고 명시적으로 규정하고 표현할 필요가 있으며, 그에 대한 판단기준도 객관화 할 필요가 있다는 결론에 도달하였다.

이에 따른 첫 번째 개선방안으로 형법 제13조의 개정을 제안한다. 형법 제13조가 일반적으로 사용되지 않는 ‘범의’라는 개념을 사용하고 있고, 문언상 미필적 고의 개념에 대한 설명이 부족하다는 측면에서 ‘범의’를 ‘고의’라는 보편적 단어로 바꾸고, 동조 2항을 신설하여 ‘죄의 성립요소인 사실에 대한 인식과 의사가 확정적이지 않은 경우’, 즉 미필적 고의가 인정되는 경우 임의적 감경 규정을 추가할 필요가 있다. 두 번째는 현재 유죄 판단의 근거로 자주 등장하는 피고인의 고의 자백 진술을 가급적 배제하고 외부적으로 관찰할 수 있는 사정을 중심으로 판단하되 사건의 전후 사정은 맥락상 단절이 없는 범위에서 받아들이는 등 미필적 고의의 판단기준을 보다 구체화, 객관화 하는 시도를 하자는 것이다. 판례에서 판단 기준 및 근거로 삼은 요소를 취합하여 통계적으로 분석하여 각 항목에 가중치를 부여하여 고의를 측정하는 도구를 개발해 보는 것도 의미 있는 일이다. 세 번째는 미필적 고의를 판단할 때 보다 신중을 기하기 위하여 고의의 지적 요소와 대별되는 의지적 요소의 판단

단계를 명시할 필요가 있다는 것이며, 네 번째는 이와 같이 신중히 판단을 하였음에도 살인죄의 미필적 고의인정에 합리적 의심이 드는 경우에는 결과적가중범을 인정하는 것이 원칙이며, 그렇게 하더라도 처벌의 공백이 발생하지는 않음을 주지하여야 한다는 것이다.

주요어 : 살인, 미필적 고의, Mens Rea, Recklessness, 결과적 가중범

학 번 : 2016-21378

목 차

| | |
|----------------------------------|----|
| 제1장 서론 | 1 |
| 제1절 연구의 목적 | 1 |
| 1. 미필적 고의 인정의 문제 | 1 |
| 2. 연구의 필요성 | 3 |
| 제2절 연구 범위와 방법 | 4 |
| 1. 연구 범위 | 4 |
| 가. 구성요건에 대한 지적 인식이 문제되는 사안 | 4 |
| 나. 지적 인식만이 문제되는 사안의 배제 | 5 |
| 다. 살인죄로 연구범위를 한정 | 6 |
| 2. 연구 방법 | 7 |
| 제2장 살인죄의 미필적 고의에 관한 이론적 논의 | 9 |
| 제1절 생명 침해 범죄의 구성요건 | 9 |
| 1. 고의범과 과실범의 구별 | 9 |
| 2. 형법범 및 특별법범의 생명침해 범죄 규정 | 10 |
| 가. 현황 | 10 |
| 나. 우리나라 생명침해 범죄 처벌 규정의 특징 | 15 |
| 제2절 미필적 고의개념의 실질적 중요성 | 17 |
| 1. 의의 | 17 |
| 2. 살인미수죄에서 미필적 고의의 인정 비율 | 18 |

| | |
|---------------------------------------|-----------|
| 3. 미필적 고의 연구의 의미 | 19 |
| 제3절 미필적 고의에 관한 이론적 논의 | 20 |
| 1. 미필적 고의 개념의 발달 | 20 |
| 가. 고의 개념의 논의 시작과 인정 범위의 확장 | 20 |
| 나. 간접 고의 개념 비판으로 대두된 미필적 고의 | 21 |
| 2. 우리나라에 미필적 고의 개념이 도입된 계기 | 22 |
| 3. 미필적 고의와 인식있는 과실의 구별기준 | 23 |
| 가. 개요 | 23 |
| 나. 인식을 중요시하는 학설 | 23 |
| 다. 의사를 고려하는 학설 | 25 |
| 4. 우리나라 판례의 입장 | 27 |
| 가. 판례의 표현 | 27 |
| 나. 판례의 입장에 대한 견해 차이 | 28 |
| 다. 소결 | 29 |
| 5. 미필적 고의 개념 정의의 문제점 및 연구 방향 | 30 |
| 제4절 미국법상 고의와 과실의 구별 | 31 |
| 1. 영미법의 범죄의 주관적 요건(Mens rea) | 31 |
| 2. 미국법의 주관적 구성요건의 4가지 단계 | 32 |
| 가. 미국의 모범형법전(Model Penal Code) | 32 |
| 나. 모범형법전 상 고의의 종류 | 32 |
| 다. 무모성(Recklessness) 개념에 대한 고찰 | 35 |
| 3. 모범형법전 상 살인죄의 분류 | 36 |
| 4. 검토 | 37 |
| 제5절 미필적 고의 개념 정의 및 연구 방향 | 39 |
| 1. 미필적 고의 판단에 의지적 요소 검토의 필요성 | 39 |

| | |
|---------------------------------|----|
| 2. 미필적 고의에서의 의지적 요소의 의미 | 39 |
| 가. 고의와 과실의 경계에 있는 무모성 개념 | 39 |
| 나. 미필적 고의의 의지적 요소의 구체적 의미 | 40 |
| 3. 연구 방향 | 41 |

제3장 판례상 미필적 고의 판단 과정 분석

제1절 연구 대상 판례의 추출

| | |
|--------------------------|----|
| 1. 연구의 전제 | 43 |
| 2. 판례의 수집방법 및 선정기준 | 43 |

제2절 판례상 미필적 고의 인정 근거 및 과정

| | |
|------------------------------------|----|
| 1. 살인의 고의 인정에 대한 법리 | 44 |
| 가. 주된 판례의 미필적 고의 법리 | 44 |
| 나. 고의를 부인하는 경우의 판단 기준 | 45 |
| 다. 미필적 고의 증명 방법에 대한 최신 법리 | 45 |
| 라. 비난가능성 높은 행위에 대한 신중한 판단 선언 | 46 |
| 2. 연구대상 판결의 개요 | 47 |
| 3. 살인의 미필적 고의를 언급한 최초의 판례 | 51 |
| 가. 사실관계 | 51 |
| 나. 사건의 경과 | 51 |
| 다. 대법원의 판단 | 52 |
| 라. 검토 | 53 |
| 4. 살인의 미필적 고의를 인정한 대표적인 판례 | 54 |
| 가. 식도로 하복부를 찔러 사망하게 한 사건 | 54 |
| 나. 각목으로 머리 1회 구타하여 사망하게 한 사건 | 56 |

| | |
|-----------------------------------|-----|
| 다. 울대뼈 가격 사건 | 57 |
| 라. 보복목적 하반신 공격하는데 동행한 사건 | 59 |
| 마. 음주단속 경찰관을 매달고 운전한 사건 | 62 |
| 바. 횡감에 사람을 차로 친 사건 | 64 |
| 5. 살인인지 치사(致死)인지 여부가 문제된 판례 | 67 |
| 가. 음주단속 경찰관을 오토바이로 친 사건 | 67 |
| 나. 승용차 후진하여 대리기사를 치고 떠난 사건 | 69 |
| 다. 도우미 폭행 사망 후 토막매장사건 | 72 |
| 라. 울산계모사건 | 75 |
| 마. 자녀를 목검으로 구타한 사건 | 79 |
| 바. 여자친구 얼굴을 걷어찬 사건 | 82 |
| 사. 시비거는 사람을 낚시칼로 2회 찌른 사건 | 84 |
| 아. 윤일병 사망사건 | 87 |
| 6. 부작위범의 미필적 고의 인정 판례 | 95 |
| 가. 개요 | 95 |
| 나. 주교사 사건 | 97 |
| 다. 세월호 사건 | 101 |

제4장 미필적 고의 개념에 관한 제언 114

| | |
|----------------------------------|-----|
| 제1절 판례상 살인죄 미필적 고의 인정의 문제점 | 114 |
| 1. 법리에 관한 용어 미정립 | 114 |
| 2. 미필적 고의를 판단하는 기준의 문제 | 114 |
| 가. 고의 판단을 피고인의 진술에 의존하는 경향 | 114 |
| 나. 제시된 법리의 추상성 | 116 |

| | |
|--------------------------------------|----------------|
| 3. 입증 곤란의 문제 | 117 |
| 4. 종합 : 규범력을 강화하는 기준 마련의 필요성 | 119 |
| 제2절 미필적 고의 판단에 대한 제언 | 120 |
| 1. 미필적 고의의 범정화 | 120 |
| 가. 형법 제13조에 대한 비판적 시각 | 120 |
| 나. 형법 제13조에 대한 기존의 개정 논의 | 121 |
| 다. 형법 제13조의 개정 방안 | 122 |
| 2. 미필적 고의 판단기준의 정립 | 124 |
| 가. 미필적 고의의 지적 요소 | 124 |
| 나. 미필적 고의의 의지적 요소 | 125 |
| 다. 미필적 고의의 판단 기준 | 126 |
| 3. 미필적 고의 판단 시 의지적 요소 판단 단계 명시 | 129 |
| 4. 의심스러울 때는 결과적가중범을 인정 | 130 |
| 제5장 결론 | 132 |

〈표 차례〉

| | |
|----------------------------------|-----|
| 표 1 형법범 및 특별법범의 생명침해 범죄 규정 | 11 |
| 표 2 양형인자의 빈도 | 18 |
| 표 3 연구대상 판결의 개요 | 47 |
| 표 4 현행 형법 제13조과 개정 제안안의 비교 | 123 |
| 표 5 살인의 미필적 고의 측정표(안) | 128 |

제1장 서론

제1절 연구의 목적

1. 미필적 고의 인정의 문제

다음은 살인죄로 수사를 받은 어떤 사람들의 피의자 신문조서에 기재된 진술 내용이다.

1) “문 : 승용차를 급발진하면서 고의로 피해자를 충격할 경우 잘못되면 피해자가 크게 다치거나 심하면 사망할 수도 있겠다는 생각을 하였을 것 같은데 어떤지

답 : 조금은 그러한 생각을 하였다 “1)

2) “문 : 자동차와 피고인과의 거리가 유효착탄거리를 초과하였을 뿐 아니라 어둡으로 인하여 사물의 분별이 곤란하였음에도 불구하고 사람이 타고 있는 차에 대하여 실탄을 발사하면 위험할 줄을 생각지 못하였든가

답 : 그러한 위험성은 인식하였으나 피고인의 검문검색의 임무수행상 부득이 발사하였읍니다 “2)

3) “오토바이를 시속 90km로 달리다가 사람을 충격하면 사람이 죽을 수도 있다는 생각을 가졌으나 진행하여 오던 속도 그대로 진행하면 위 피해자가 겁을 먹고 피할 것으로 생각하고 위 오토바이의 속도를 감속하

1) 의정부지방법원 2015. 11. 18. 선고 2015고합331 사건 판결문에 기재

2) 대법원 1954. 6. 21. 선고 4287형상176 사건 판결문에 기재

지 아니하고 달리다가 위 오토바이로 위 피해자를 충격하여 사망하게 하였습니다.” 3)

4) “그 당시 OO이가 죽을지도 모른다는 생각은 어렵פות이 했습니다”, “그 당시 OO이가 죽을지도 모른다는 생각은 하였으나 용기가 없어서 병원으로 옮기지 못했습니다.” 4)

위와 같은 진술을 증거로 남긴 피고인에 대하여 살인죄 성립을 인정할 수 있을 것인가?

위 피고인들은 모두 살인이라는 죄명으로 기소되었으나 하나같이 살인의 고의가 없다고 주장하는 사람들이다(그리고 그럼에도 불구하고 위와 같은 말을 남겼다). 위 피고인들 중 3)의 진술을 한 피고인 외에는 모두 살인의 고의가 인정되어 살인죄로 처벌을 받았다. 그러나 고의가 없다고 주장하는 피고인이 한 자신의 내심에 대한 진술을 법적 판단에 따른 고의를 인정하는 증거로 삼는 것이 타당한지 의문이다.

미필적 고의는 확정적 고의에 대립하는 불확정적 고의의 일종으로 미필적(未必的)이라 함은 “반드시 그렇지는 않다”는 의미로 쓰인다.⁵⁾ 우리 형법은 범죄의 객관적 구성요건 외에 주관적 구성요건으로 ‘범의’를 요구하고 있으며 이는 일반적으로 ‘고의’라는 단어로 표현되는데, 판례는 법률이 명시적으로 규정하고 있지 않은 미필적 고의라는 개념을 통하여 확정적 고의에 미치지 못하는 정도의 고의를 가진 경우에도 고의범

3) 대전지방법원 홍성지원 1997. 11. 14. 선고 97고합63 사건 판결문에 기재

4) 서울고등법원 1982. 7. 9. 선고 82노831 사건 판결문에 기재

5) 신동운, 형법총론(제6판), 법문사, (2011), p.190.

으로 처벌하고 있다. 위 예시한 피고인들의 경우에도 살인의 미필적 고의의 인정여부가 문제되었다.

2. 연구의 필요성

‘미필적’이라는 말은 국어에서 미필적 고의라는 쓰임 외에 달리 쓰이고 있지 않아 그 말 자체로 무슨 뜻인지 짐작하기 어렵다.⁶⁾ 그럼에도 불구하고 미필적 고의는 형법 조문이 아닌 판례에 의하여 범죄의 성립요건 중 하나의 축인 주관적 구성요건을 인정하는 기준으로 널리 쓰이고 있다. 따라서 이렇듯 규범적 효력을 가지고 있는 미필적 고의의 개념은 무엇인지, 미필적 고의 유무를 판단하는 기준은 타당한지, 혹시 불명확한 개념으로 중한 형이 예정되어 있는 고의범에 대한 증명 및 포섭을 쉽게 하는 논리로 이용되고 있지는 않은지 검토해 볼 필요가 있다.

6) 표준국어대사전에 ‘미필(未必)’, ‘미필적’ 또는 ‘미필적 고의’이라는 단어에 대한 검색 결과는 없으며, 동음이의어인 ‘미필(未畢)’이라는 단어만 검색된다.
<http://stdweb2.korean.go.kr/search/View.jsp> (2017. 11. 15. 최종검색)

제2절 연구 범위와 방법

1. 연구 범위

가. 구성요건에 대한 지적 인식이 문제되는 사안

형법범은 원칙적으로 고의범의 경우에 처벌된다. 각각의 범죄의 고의 유무를 판단할 때에는 우선 피고인의 행위가 확정적 고의에 해당하는지, 그에 미치지 못한다면 미필적 고의에 해당하는지 순차적으로 판단하는 절차를 거치게 되므로 원칙적으로 모든 종류의 범죄에 있어 미필적 고의 유무가 문제될 수 있다.⁷⁾

판례에서 사용되는 ‘고의’라는 단어는 엄밀히 말하면 1) 특정한 구성요건요소에 대한 지적인 인식만을 요하는 경우와 2) 구성요건요소에 대한 인식에 더하여 결과에 대한 지향의사를 요하는 경우로 나누어 볼 수 있다.

예를 들면 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손하는 자를 처벌하는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손)죄의 경우 거짓의 사실을 게재한다는 점에 대한 고의, 즉 허위의 인식 유무에 대해 대법원은 “허위라는 것을 인식하였는지 여부는 성질상 외부에서 이를 알거나 증명하기 어려우므로, 공표된 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고

7) 국가보안법 제5조 제1항은 반국가단체의 구성원 등을 지원할 목적으로 자진하여 일정한 목적 수행행위를 한 자를 처벌하고 있는데, 그 중 ‘자진하여’라는 표현은 위 조문의 적용 범위를 확정적 고의의 경우로 한정하기 위하여 사용된 것이라는 견해가 있다. 신동운, 앞의 책, p.190

인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 예상되는 과급효과 등의 여러 객관적 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없으며, 범죄의 고의는 확정적 고의뿐만 아니라 결과 발생에 대한 인식이 있고 그를 용인하는 의사인 이른바 미필적 고의도 포함하므로 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄 역시 미필적 고의에 의하여도 성립(대법원 2014. 3. 13. 선고 2013도12430 판결 등 참조)” 한다고 판시하여, 허위사실에 대한 순수한 지적 인식의 정도를 표현할 때도 ‘미필적 고의’라는 표현을 사용한다는 것을 알 수 있다.

유사한 예로 의외로 대법원에서 다투어지는 경우가 많은 청소년보호법 위반 사례(청소년을 고용하거나 출입시킬 수 없는 업소가 그 의무를 위반한 경우)에서 ‘청소년임을 알았는지 여부’, 즉 지적 인식의 영역에 대하여 ‘미필적 고의’ 또는 ‘미필적 인식’이라는 용어를 혼용하고 있다든가⁸⁾, 유사하게 운전면허적성검사기간을 도과하였는지를 ‘알았는지’ 여부가 다투어지는 도로교통법위반 사례⁹⁾에서도 ‘미필적 고의’라는 표현이 사용된다.

나. 지적 인식만이 문제되는 사안의 배제

순수한 구성요건의 지적 인식여부만이 문제되는 전자의 경우는, 행위반가치의 표상인 구성요건적 결과의 실현에 대한 의지적 요소 유무의 판단

8) 대법원 2007. 11. 16. 선고 2007도7770 판결, 대법원 2006. 3. 23. 선고 2006도477 판결, 대법원 2004. 4. 28. 선고 2004도255 판결, 대법원 2004. 4. 23. 선고 2003도8039 판결, 대법원 2002. 10. 8. 선고 2002도4282 판결, 대법원 2002. 6. 28. 선고 2002도2425 판결, 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001도3295 판결 등

9) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2012도8374, 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004도6480 판결 등

을 요하는 경우와는 달리 취급해야 한다. 즉, 행위 당시 피고인에게 이러한 지적 인식이 있었을 것으로 판단되는 경우에는 미필적 고의가 아닌 ‘미필적 인식’이라는 별도의 표현을 사용하는 것이 타당하다. 따라서 단순히 구성요건적 사실을 인식하였는지 여부만을 판단대상으로 하는 위와 같은 경우는 본 논문의 연구 대상에서 제외한다.

다. 살인으로 연구범위를 한정

살인죄의 경우 ‘실행행위’와 그에 따른 ‘생명침해 결과’를 객관적 구성요건으로 하고 주관적 구성요건으로는 ① 실행행위를 행한다는 사실을 인지하고, ② 실행행위의 의미, 즉, 실행행위에 의하여 생명침해의 결과가 발생할 가능성에 대한 일반적 인지가 있어야 하며, ③ 이를 통하여 생명침해의 결과에 나아가겠다는 의지를 요한다. 위 세 가지 단계를 모두 충족함이 명백히 증명되는 경우에는 확정적 고의에 의한 살인범으로 처벌 가능하나, ③ (혹은 ②의 일부)에 대한 확실한 증명이 되지 않는 경우에는 미필적 고의의 인정여부에 대한 논의가 발생한다.

특히 살인의 발생빈도에 비하여 미필적 고의 유무가 치열하게 다투어지고 많은 판례를 생성해 내는 이유는 i) 실행행위로 인한 생명침해의 결과를 발생시켰을 때 고의가 인정될 경우와 그렇지 않을 경우 모두 처벌이 가능하나 그 법정형에 큰 차이가 있으며,¹⁰⁾ ii) 생명침해의 결과를 발생시켰으나 고의에 의한 것인지 여부는 당해 피고인의 명예와도 크게 관련이 있는 것으로 판단대상자 입장에서는 방어하고자 하는 의지가 크

10) 이 논문 제2장 제1절 1. 가항 표에 따른 법정형 참조

고, iii) 반대로 살인은 피해자가 인간으로서 가지고 있는 가장 중대한 법익을 침해한 것으로 실체진실에 대한 발견 요구가 어느 범죄보다 큰 영역임에도, iv) ‘고의’라는 주관적 구성요건요소라는 개념내재적으로 그 증명은 간접적인 방법에 의할 뿐이므로 입증의 곤란이 예상되어 그 기준 및 증명방법이 확정되기 어려울 수밖에 없는 부분이기 때문이다.

법원 또한 이러한 점을 고려하여 살인죄에 있어서 가능한 한 통일된 법리와 판단기준을 통하여 규범력과 예측가능성을 확보하고자 하나, 미필적 고의의 기존의 학설 중 어떤 학설에 해당하는지 여부에 대한 논쟁이 끊이지 않고 있고, 일부 사회적으로 이슈가 되는 판결에서 미필적 고의에 대한 하급심과 대법원이 판단 기준 및 결론을 달리하는 경우가 종종 발견되는 것이 사실이다.

이러한 점에 착안하여 현재 법원이 살인죄의 미필적 고의 인정여부에 대하여 적용하는 법리 및 판단기준이 무엇인지, 그리고 그 기준은 타당한지 검토하고자 한다.

2. 연구 방법

본 논문은 살인죄의 미필적 고의에 대한 판례를 분석하고 이를 비판적으로 독해하여 문제점을 찾아낸 뒤 개선방안을 제시하는 문헌연구의 방식을 택하였다.

우선 논의의 전제로 미필적 고의라는 개념의 기본적인 이해를 위하여 우리 형법이 취하고 있는 대륙법계의 전통 하에서 미필적 고의 개념의 발생연혁을 검토하고, 고의의 하한선으로써 미필적 고의와 과실의 구별에 관한, 독일에서 유래된 다양한 논의를 살펴본다. 범죄의 주관적 요소

에 대해 고의-과실 2단 구조를 취하고 있는 것이 법 제정 당시의 선택의 문제일 뿐 필연적인 것은 아니라는 전제하에 보다 실질에 근접한 분석방법을 개발하는데 참고하기 위하여, 주관적 구성요건의 단계를 다른 차원으로 세분화하고 있는 미국법의 모범형법전(Model Penal Code) 상 해당 부분 또한 검토한다. 본격적인 연구에 앞서 우선 미필적 고의라는 개념이 우리나라 살인죄 인정에 사용되는 빈도를 확인한 후, 그 빈도가 의미 있다면 미필적 고의가 가지는 규범적 기준으로서의 예측가능성 및 판단의 용이성을 면밀히 검토하여야 할 필요가 있다는 결론에 이를 것이다(제2장 살인죄의 미필적 고의에 관한 이론적 논의).

미필적 고의 개념의 중요성이 의미 있는 정도라면, 실제 미필적 고의가 문제된 우리나라 판례의 인정 논거를 살펴보고, 나아가 검찰의 기소에서 대법원에 이르는 각 판단주체 간 미필적 고의 인정여부를 달리했던 사안을 추출하여 결론에 이르는 과정을 비교 분석한 후(제3장 판례의 미필적 고의 판단과정 분석) 비판적으로 검토하여 문제점을 추출하고 이를 바탕으로 우리나라 재판 현실 또는 법 정비에 대한 제언을 하는 것(제4장 미필적 고의 개념에 관한 제언)으로 본 논문을 마무리 하고자 한다.

제2장 살인죄의 미필적 고의에 관한 이론적 논의

제1절 생명 침해 범죄의 구성요건

1. 고의범과 과실범의 구별

어떤 사람의 행위가 형사법에 위반된다고 하기 위해서는 우선 당해 행위를 처벌 대상으로 규정한 법률의 요건에 해당하는지, 즉 범죄의 구성요건에 해당하는지를 검토하여야 한다. 구성요건요소에는 행위, 결과, 인과관계 등의 객관적 구성요건요소와, 당해 행위에 행위반가치가 있다고 평가할 수 있는지 여부에 관한 주관적 구성요건요소가 있다.

우리나라는 주관적 구성요건요소에 관하여 고의-과실의 2종류를 채택하고 있다. 형법 제13조는 ‘범의’라는 제목으로 “죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다. 단, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.”라고 규정하여 고의범 처벌을 원칙으로 하고, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 과실범을 처벌하도록 하고 있다.¹¹⁾

우리 제정형법이 ‘고의’라는 표현 대신 ‘범의’, ‘의사’라는 표현 대신 ‘인식’이라는 표현을 도입한 이유에 대해서는 형법제정 당시 기록에도 특별히 드러나 있지 않다.¹²⁾ 다만, 독일형법의 고의 조항에 ‘의

11) 제정형법 제13조는 ‘범의’라는 표제 하에 “죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다. 단, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.”고 현재와 같이 규정하고 있다.

당시 일본형법의 해당 규정은 ‘고의’라는 표제 하에 “죄를 범할 의사가 없는 행위는, 벌하지 않는다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.”고 되어 있다. 아래 원문.

刑法 第三十八條（故意）罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、この限りでない。

사’ 대신 ‘인식’이라는 표현이 있어 이를 참조하였을 것으로 짐작할 뿐이다.¹³⁾

형법 제14조는 ‘과실’이라는 제목으로 “정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다.”고 규정하고 있어 특별한 규정이 있는 경우에 처벌되는 과실의 개념을 명시적으로 정의하고 있다.

2. 형법범 및 특별법범의 생명침해 범죄 규정

가. 현황

이 연구는 위 제1장 제2절 1항 연구범위에서 보았듯 생명침해의 결과가 있거나 그 미수에 그친 경우에 한정하여 논의한다. 우리나라는 형법의 살인의 장에 기본적인 살인죄의 구성요건을 정하고(형법 제250조 제1항) 가중, 감경적 구성요건을 두고 있으며, 중한 기본범죄로 인하여 발생한 사망을 각각의 기본범죄의 장에 규정하고 있다. 그 외에 특별법으로 다양한 상황 및 행위에 따른 고의에 의한 살인, 사망의 결과적 가중범에 대해 정하고 있다. 그 내용은 아래 표와 같다.¹⁴⁾

12) 형사법령제정자료집(1)형법, 형사정책연구원, (1990).

13) 독일형법 제16조 (행위상황에 관한 착오) ① 행위를 할 때 법률상의 구성요건에 속하는 상황을 인식하지 못한 자는 고의로 행위한 것이 아니다. 과실을 이유로 하는 가벌성은 위와 관계가 없다. 신동운, 앞의 책, p.175. 번역 참조.

14) 균형법은 제외하였다.

| 법명 | 조문 | 구성요건 내용 | 법정형 |
|----|-----------|----------------|---------------------------|
| 형법 | 제88조 | 내란목적살인 | 사형, 무기징역 또는 무기금고 |
| | 제188조 | 교통방해치사 | 무기 또는 5년 이상의 징역 |
| | 제194조 | 음용수혼독치사상 | 무기 또는 5년 이상의 징역 |
| | 제250조 제1항 | 살인 | 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역 |
| | 제250조 제2항 | 존속살해 | 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역 |
| | 제251조 | 영아살해 | 10년 이하의 징역 |
| | 제252조 제1항 | 촉탁·승낙살인 | 1년 이상 10년 이하의 징역 |
| | 제252조 제2항 | 자살교사·방조 | 1년 이상 10년 이하의 징역 |
| | 제253조 | 위계등에 의한 촉탁살인 등 | 사형, 무기 또는 5년 이상 징역 |
| | 제254조 | 미수 | |
| | 제255조 | 살인예비, 음모 | 10년 이하의 징역 |
| | 제259조 제1항 | 상해치사 | 3년 이상의 유기징역 |
| | 제259조 제2항 | 존속상해치사 | 무기 또는 5년 이상의 징역 |
| | 제262조 | 폭행치사 | 3년 이상의 유기징역 |
| | 제267조 | 과실치사 | 2년 이하의 금고 또는 700만원 이하의 벌금 |

| | | | |
|--------------------|------------------|------------------------------|-----------------------------|
| | 제268조 | 업무상과실치사 | 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금 |
| | 제275조 제1항 | 유기치사 | 3년 이상의 유기징역 |
| | 제275조 제2항 | 존속유기치사 | 무기 또는 5년 이상의 징역 |
| | 제281조 제1항 | 체포·감금치사 | 3년 이상의 유기징역 |
| | 제281조 제2항 | 존속체포·감금치사 | 무기 또는 5년 이상의 징역 |
| | 제291조 제2항 | 약취, 유인, 매매, 이송 등 살인 | 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역 |
| | 제291조 제2항 | 약취, 유인, 매매, 이송 등 치사 | 무기 또는 5년 이상 |
| | 제301조의2 | 강간등살인 | 사형 또는 무기징역 |
| | 제301조의2 | 강간등치사 | 무기 또는 10년 이상의 징역 |
| | 제338조 | 강도살인 | 사형 또는 무기징역 |
| | 제338조 | 강도치사 | 무기 또는 10년 이상의 징역 |
| 교통사고처리 특례법 | 제3조 제1항 | 차의 운전자가 교통사고로 인하여 업무상과실치사 | 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금 |
| 특정범죄가중처 벌등에관한법률 | 제4조의 2 제2항 | 국가기관의 불법체포, 감금등에 의한 치사 | 무기 또는 3년 이상의 징역 |
| | 제5조의2 제2항 제2호 | 약취·유인 13세 미만 미성년자 살해 | 사형 또는 무기징역 |
| | 제5조의2 | 약취·유인 13세 미만 미성년자 치사 | 사형, 무기 또는 7년 |

| | | | |
|---------------------------|-------------------|------------------------------|---------------------------|
| | 제2항 제4호 | | 이상의 징역 |
| | 제5조의 3 제1항 제1호 | 사고운전자 도주 치사 | 무기 또는 5년 이상의 징역 |
| | 제5조의 3 제2항 제1호 | 사고운전자가 피해자를 옮겨 유기하고 도주 치사 | 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역 |
| | 제5조의 9 제1항 | 보복목적 살인 | 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역 |
| | 제5조의 9 제3항 | 보복목적 상해·체포·감금등치사 | 무기 또는 3년 이상의 징역 |
| | 제5조의10 제2항 | 운행중 운전자 폭행 치사 | 무기 또는 5년 이상의 징역 |
| | 제5조의11 제1호 | 위험운전치사 | 1년 이상의 유기징역 |
| | 제5조의12 제1호 | 도주선편박의 선장 또는 승무원이 치사 | 무기 또는 5년 이상의 징역 |
| 아동학대 범죄의 처벌에 관한 특별법 | 제4조 | 아동학대치사 | 무기 또는 5년 이상의 징역 |
| | 제61조 제3항 후단 | 아동보호전문기관의 직원에 대한 업무방해치사 | 무기 또는 5년 이상의 징역 |
| 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 | 제10조 제1항 | 아동·청소년강간살인 | 사형 또는 무기징역 |
| | 제10조 제2항 | 아동·청소년강간치사 | 사형, 무기징역 또는 10년 이상의 징역 |
| | 제9조 제1항 | 강간 또는 특수강도강간살인 | 사형 또는 무기징역 |
| | 제9조 제2항 | 특수강간 또는 친족관계강간 치사 | 무기징역 또는 10년 이상의 징역 |
| | 제9조 제3항 | 장애인 또는 13세미만자강간치사 | 사형, 무기징역 또는 10년 이상의 징역 |

| | | | |
|---|----------|--------------------------------|--------------------------------------|
| 원자력시설 등의 방호 및 방사능 방재 대책법 | 제47조 제8항 | 원자력 또는 방사성물질 관련 시설 무단사용치사 | 사형, 무기징역 또는 5년 이상의 징역 |
| 위험물안전관리법 | 제33조 제2항 | 제조소에서 위험물유출 등으로 치사 | 무기 또는 5년 이상의 징역 |
| 방사성폐기물 관리법 | 제39조 제2항 | 방사성폐기물 관리시설파괴등 치사 | 사형, 무기징역 또는 7년 이상의 징역 |
| 고압가스 안전관리법 | 제38조 제3항 | 업무상과실가스누출치사 | 10년 이하의 금고 또는 1억5천만원 이하의 벌금 |
| 지뢰 등 특정 재래식무기 사용 및 이전의 규제에 관한 법률 | 제10조 제1항 | 지뢰 등 사용이 금지된 무기를 사용하여 살해 | 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역 |
| | 제10조 제2항 | 지뢰 등 사용이 금지된 무기를 사용하여 치사 | 5년 이상의 유기징역 |
| 전기공사업법 | 제40조 제2항 | 공사업자 등의 주요시설물 파손치사 | 3년 이상의 유기징역 또는 3천만원 이상 5억원 이하의 벌금 |
| | 제41조 제2항 | 공사업자 등이 업무상 과실로 주요시설물 파손 치사 | 7년 이하의 금고 또는 7천만원 이하의 벌금 |

표 1 형법범 및 특별법범의 생명침해 범죄 규정

나. 우리나라 생명침해 범죄 처벌 규정의 특징

1) 생명침해 범죄를 상세히 규정

우선 형법에서는 기본 범죄인 살인죄(형법 제250조 제1항)를 정하고, 대상 및 상황에 따른 가중, 감경요건을 정하고 있으며, 강도 등의 중한 범죄가 실행행위가 된 경우 가중처벌을 예정하고 있다. 그 외에도 보통의 과실 행위, 높은 주의의무가 요구되는 업무상 과실 행위, 사망의 결과를 야기할 가능성이 있는 기본행위(폭행, 상해, 유기 등), 강도 등 중한 범죄가 실행행위인 경우 사망에 이르는 경우에 대한 규정을 두고 있다.

2) 엄격한 주의의무 요구 시 결과적가중범 중형 규정

교통사고처리특례법과 위 표 상 원자력시설 등의 방호 및 방사능 방재 대책법 이하의 특별법은 해당 업무의 특성상 요구되는 주의의무나 위험성의 정도에 따라 살인죄 또는 치사죄의 범정형을 가중하여 정하고 있다.

3) 기본행위 위법성이 클 때 결과적가중범 중형 규정

특정범죄 가중처벌 등에 관한 특례법을 포함한 그 외 특례법은 최근까지 계속 제정과 개정을 거듭하며 가중처벌의 대상이 되는 행위의 종류를 구체화 하여 늘려 가고 있다. 가중처벌의 대상이 되는 행위에 의하여 사망에 이를 경우, 고의에 의한 살인이 아님에도 보통살인죄의 형량을 상

회하는 정도의 중한 형이 정해지는 경우도 점점 늘고 있다.

4) 소결

이러한 특별법에 의한 중형(重刑)주의는 형법이 변화하는 사회에 대응하여 적절한 범죄대응수단이 되지 못함에 따라 입법자들이 제·개정이 용이한 형사특별법을 적극적으로 활용하여 온 결과에 따른 것이라고 할 수 있다. 이러한 형사특별법에 의한 대응은 그때그때 발생하는 사회적인 불안요소와 위험요소를 일시적으로 진정시키는 데는 효과가 있지만, 과잉 형벌에 의한 중형주의의 폐단을 고착화시킴으로써 오히려 형벌의 위하력을 약화시키는 역효과를 낳고 있다는 비판이 있다.¹⁵⁾

15) 한국형사정책연구원 연구총서, 2011년도 형법·형사소송법 및 형사특별법 제·개정안 분석과 입법정책 개선방안, 11-24, (2011), p.423.

제2절 미필적 고의개념의 실질적 중요성

1. 의의

대법원은 형법에 명시적 규정이 없음에도 고의를 ‘확정적 고의’와 그에 미치지 못하는 정도의 ‘미필적 고의’로 나누고 있으며, 주관적 구성요건 검토 시 확정적 고의 유무를 우선 검토하고 그것이 인정되지 않는다면 그 다음으로 ‘미필적 고의’에 해당하는지를 판단하여 유·무죄 여부를 결정하고 있다. 확정적 고의가 인정되는 경우와 미필적 고의가 인정되는 경우의 법률효과는 고의범으로 같다.

미필적 고의에 의한 범죄를 고의범으로 의율하는 대신, 2009년 대법원 양형위원회에서 제1기 양형기준이 발표된 이래 현재까지 ‘미필적 살인의 고의’는 살인죄의 특별감경요건으로 기능해 오고 있다.¹⁶⁾ 양형사유로 미필적 고의라는 요소가 어느 정도의 빈도로 반영이 되는지를 통하여 살인죄에 있어서 확정적 고의와 미필적 고의의 인정 비율을 추론하여 볼 수 있다.¹⁷⁾

16) 양형위원회, 2017 양형기준, (2017), p.2.

17) 현황을 분석하기 위하여 2017년 10월 대법원에 “살인죄 및 살인미수죄에 있어 양형인자로 미필적 고의가 인정된 빈도”에 대한 정보공개청구를 하였으나, 해당하는 통계를 보유하고 있지 않다는 회신을 받았다. 이에 2009년~2010년의 자료에 대한 것이기는 하지만 의미있는 분석이 있었던 이민식, 박미량의 아래 연구를 인용한다.

2. 살인미수죄에서 미필적 고의의 인정 비율

이민식, 박미량의 연구¹⁸⁾에서는 2009년 7월 1일 이후 공소제기 되어 2010년 9월 29일까지 1심 판결이 선고된 314건의 살인미수사범에 대한 양형데이터를 대검찰청의 사건처리정보시스템으로부터 획득하여 분석하였다.

| 구 분 | | | 감경요소 | NO | 가중요소 | NO |
|----------------|------------|----|--------------------------|-----|--------------------|----|
| 특별 양형 인자 | 행위 | 공통 | 과잉방위 | 1 | 계획적 범행 | 68 |
| | | | 미필적 고의 | 151 | 범행에 취약한 피해자 | 48 |
| | | | 피해자유발 강함 | 7 | 사체손괴 | - |
| | | 미수 | | | 잔혹한 범행수법 | 44 |
| | | | | | 존속인 피해자 | 10 |
| | | | | | 피지휘자에 대한 교사 | - |
| | 행위자 /기타 | 미수 | 경미한 상해(상해 없음 포함) | - | 중한 상해 | - |
| | | | 농아자 | - | 반성 없음(범행의 단순부인 제외) | 53 |
| | | | 심신미약(본인 책임 없음) | - | 특강(누범) | 2 |
| | | | 자수 | 37 | | |
| 일반 양형 인자 | 행위 | | 처벌불원(피해회복을 위한 진지한 노력 포함) | 70 | | |
| | | | 소극가담 | - | 사체유기 | - |
| | 행위자 /기타 | | 피해자유발(보통) | 98 | | |
| | | | 범행 후 구호 후송 | - | 특강(누범)외 이중 누범 등 | 26 |
| | | | 상당 금액 공탁 | - | | |
| | | | 심신미약(본인 책임 있음) | - | | |
| | | | 진지한 반성 | 118 | | |

표 2 양형인자의 빈도: 살인미수-전체(N=314), 이민식, 박미량(2010), p.20. 표 9를 인용

이 연구에서 양형인자로 등장하는 빈도를 보았을 때 미필적 고의는 전체 범죄의 절반에 육박하는 151건에 달하였고,¹⁹⁾ 회귀분석을 통하여 인

18) 이민식, 박미량, “살인미수범죄의 양형에 관한 경험적 연구: 제1기 양형기준 적용현황 분석”, 한국범죄학 제4권 제2호, (2010).

자 중요도를 검증하였을 경우 피해자의 처벌불원, 계획적 범행, 잔혹한 범행수법과 더불어 양형에 유의미한 영향을 미치는 양형인자로 분석되었다.²⁰⁾

3. 미필적 고의 연구의 의미

이렇듯 미필적 고의 개념은 살인[미수]죄의 인정에 많은 빈도를 차지하는 중요한 개념 이라는 점에서 연구의 필요성이 더욱 크다고 할 수 있다. 미필적 고의는 실정법적 개념이 아니라 실무재량적 규범이지만 현재 법조실무에서 사실상 구속력을 가지고 있으며, 그 점에서 죄형법정주의 원칙의 위반여부에 대한 논의도 필요하다는 지적 또한 존재하며,²¹⁾ 그 판단기준이 적절한지에 대한 검토도 필요하다.

19) 이민식, 박미랑, 앞의 논문, p.20.

20) 이민식, 박미랑, 앞의 논문, p.22~23.

21) 주용기, “미필적 고의와 명확성원칙에 관한 고찰-대법원 2006. 4. 14. 선고 2006도734 판결-”, 한양법학 제25권 제3호, (2014), p.339.

제3절 미필적 고의에 관한 이론적 논의

1. 미필적 고의 개념의 발달

가. 고의 개념의 논의 시작과 인정 범위의 확장

형법사적으로 고의(dolus)와 과실(culpa)의 개념이 학문적 개념으로 분화되고 정립되기 시작한 것은 로마법의 영향에 의한 것이다.²²⁾ 로마법에서 말하는 ‘dolus’라는 개념은 법률에 위반하여 결과실현을 꾀하려는 의지로 파악되었고, 이는 오늘날의 확정적 고의에 상응하는 개념이었다. 이렇게 ‘dolus’는 결과 발생을 의욕한 심적 태도에 한정되었으므로 고의의 성립범위가 지나치게 좁았고, 법정증거주의의 정착에 따라 소송기술상 ‘dolus’를 입증하기 곤란한 경우가 잦아지게 되었다. 그래서 ‘dolus’ 개념의 확장이 시도 되었고, 이는 바르토리 이론(Doctrina Bartori)²³⁾, 개괄적 고의(Dolus in genere)²⁴⁾, 간접고의(Dolus indirectus)²⁵⁾로 나타나게 되었다. 이 중 간접고의란 책임은 목적을 달성하기 위하여 필요한 수단과 관련있다는 명제 및 아리스토텔레스가 주장한 사전책임

22) 박상기, “고의의 본질과 대법원 판례의 입장”, 박영사, 형사판례연구 10권, (2002), p.38.

23) 바르토리 이론이란 고의에는 본래 의도된 행위로부터 객관적 판단으로서 필연적으로 발생하거나 혹은 필연적으로 발생할 것이라고 일체의 결과가 귀속된다고 해석하는 이론이다. 김인화, "미필적 고의", 법학논총 제3권 제2호, (1960), p.56~57.

24) 개괄적 고의란 13세기 캐논법에 등장한 versari in re illicita 원칙(불법행위를 한 자는 그 행위로 말미암아 발생한 모든 결과에 대하여 일체의 책임을 진다는 내용)에서 유래한 것으로서 어떤 범죄의사로 행위했는지 상관없이 그 행위로 인한 일체의 결과에 대하여 고의책임을 지우기 위한 개념이었다. 바르토리 이론과의 차이점은 처벌범위의 확장이 아니라 책임의 확장이라는 점에 있다. 김인화, 앞의 논문, p.57.

25) 간접고의란 원인에 대한 행위자의 의사 중에는 간접적으로 통상 발생할 결과에 대한 의사도 내재하고 있다는 이론 개괄적 고의와 마찬가지로 책임의 확장을 위한 개념이지만 행위로 인한 모든 결과에 따라 책임을 확장하려는 것은 아니고(개괄적 고의와의 차이) 그러한 행위로부터 통상 발생할 수 있는 결과까지만 책임을 확장하려는 개념이었다.

(culpa praecedens)이론을 바탕으로 행위자가 객관적으로 위험한 행위를 할 경우에 -이 단계에서 사전책임이 인정되는 것으로 보아서- 그는 모든 일반적인 경험에 비추어 이 행위로부터 초래되는 결과를 간접적으로 원한 것으로 본다는 이론이다.²⁶⁾

나. 간접 고의 개념 비판으로 대두된 미필적 고의

이후 계몽사상의 영향을 받은 자유주의자들은 소송법상 입증곤란을 이유로 한 위와 같은 고의책임범위 확장에 대해 비판적이었다. 결국 간접 고의 개념은 폐기되기에 이르렀고, 이를 대신한 것이 미필적 고의(Dolus eventualis)라는 개념이었다.

간접고의의 이론은 행위와 결과 간에 개연적 연관이 존재하는 것을 필요로 하였고 그 ‘개연적 연관’의 유무가 고의와 과실을 구분하는 기준이 되었다. 미필적 고의 개념이 등장한 초반에도 여전히 위와 같은 간접 고의론의 영향을 받은 개연성설이 지배적이었다. 그러나 1880년대에 들어서면서부터 프랑크(Frank), 힙펠(Hippel) 등의 학자에 의하여 각각 인식설과 의사설이 주장되면서 실무와 형법학계에 큰 영향을 미치게 되었고, 미필적 고의 개념을 둘러싸고 양쪽 계열의 논쟁이 이론의 발전을 이끌어갔다.

26) 박상기, 앞의 논문, p.40.

2. 우리나라에 미필적 고의 개념이 도입된 계기

해방 전 우리나라는 일본 형법을 본 뜬 의용형법을 사용하였고, 의용형법과 유사한 체계로 1953년 형법 제정이 되었으며, 해방 전 일제 치하에서 법학교육을 받은 사람들이 해방 후 우리나라에서도 법조인으로 활동하였으므로, 건국 초창기 법 이론은 일본법의 영향을 크게 받지 않을 수 없었다.

형법 제정 무렵 사용되던 형법 개론서에 의하면 불확정적 고의의 하나로 미필적 고의를 소개하고 있고,²⁷⁾ 1920년대부터 이미 일본 판례에서는 고의에 관하여 “범의는 죄가 된 사실의 인식 예견이 있음으로써 족한 것이며 그 사실의 발생을 희망함을 필요로 하지 않을 뿐만 아니라 그 인식 예견은 반드시 확정된 것임을 요하지 않으며 불확정한 것으로 족함”²⁸⁾이라거나 “인식은 확정된 것임을 요하지 않고 불확정이라도 살인죄에 관하여 미필적 고의가 있다고 함은 무방”²⁹⁾하다는 등으로 미필적 고의라는 개념을 사용하고 있었고, 그로부터 우리나라에도 미필적 고의라는 개념이 자연스레 도입되어 판결 실무에서 위 일본 판례의 문구와 유사한 법리가 사용되어 온 것으로 보인다.

27) 牧野英一, 형법총론, 영웅출판사, (1952), p.130~133.

28) 大正 11年(1922년, 저자 주) 5月 6日 判決集 第1卷 第259項, 牧野英一, 앞의 책에서 재인용, p.131.

29) 大正 12年(1923년, 저자 주) 2月 16日 判決集 第2卷 第200項, 牧野英一, 앞의 책에서 재인용, p.131.

3. 미필적 고의와 인식있는 과실의 구별기준

가. 개요

고의임에 의심이 없는 확정적 고의와는 달리 미필적 고의 개념은 앞서 본 바와 같이 소송법상 필요 또는 처벌의 적정성 때문에 확장과 축소의 역사가 있어왔으며, 주로 고의범을 처벌하는 형법 법규에서 고의냐 아니냐의 여부는 가벌성 및 처벌의 정도에 큰 영향을 미친다는 점에서 고의범의 하한(인식있는 과실과의 구별 가능한 한계)을 정하는 기준으로 의미를 가진다. 미필적 고의와 인식있는 과실의 구별기준에 대해서는 아래와 같이 학설이 분분하다.

나. 인식을 중요시하는 학설

아래 두 학설은 고의의 본질을 규명하는 핵심요소는 행위자의 인식에 있으므로 행위자가 그 일정한 행위의 결과에 대해 어떠한 내심의 의사를 가졌느냐는 문제 삼지 않고, 행위자에게 고의가 있는 경우란 행위자가 그 일정한 행위로 인한 결과발생을 구체적으로 가능하다고 인식하였음에도 불구하고 행위한 경우라고 설명한다.³⁰⁾ 아래의 가능성설과 개연성설은 인식의 정도에 차이가 있을 뿐이다.

30) 문채규, “미필적 고의”, 안동대학교 논문집 제11권, (1989), p.223.

1) 가능성설

이에 따르면 미필적 고의는 행위자가 구성요건 실현의 현실적, 주체적 가능성을 인식했음에도 불구하고 행위 했던 경우라고 한다. 여기에서 말하는 가능성은 구성요건실현의 가능성에 관한 단순한 표상만으로는 부족하고 구체적인 상황에서 당해 구성요건이 구체적인 경로를 통해 실현될지도 모른다는 구체적 가능성을 인식했다는 의미이다.

가능성설에 대해서는 고의의 의적 측면을 전혀 고려하지 않아 고의범 인정 범위가 지나치게 넓어진다는 단점이 지적된다. 특히 사망 가능성이 높은 중환자의 수술을 집도하는 의사는 가능성설에 의하면 고의범이 되고, 사채업자가 속지 않을 것이라고 생각하고 그에게 한 번 사기를 시도해 본 사기꾼은 고의범이 되지 않는 불합리한 경우도 발생가능하다.³¹⁾

이에 더하여 추상적 위험성 인식과 구체적 위험성 인식이 구체적인 사례에서 하나의 기준을 가지고 구별될 수 있는 것인지 의문이라는 비판³²⁾과 함께 사고과정을 통해 범죄 행위의 순간에 내려진 결과 발생 여부에 대한 ‘판단’이 ‘인식’이라는 영역에서 같은 값으로 취급될 수 있는 것인지 의문이라는 견해³³⁾도 있다. 즉 가능성설에서 미필적 고의 인정을 위하여 요하는 인식이 통상의 의미의 객관적 사실에 대한 인지가 아니라 행위자의 독자적 사고과정을 요한다는 점에서 개념상 모호성을 드러낸다는 비판이다.

31) 김일수·서보학, 새로쓴 형법총론(제12판), 박영사, (2011), p.128.; 신동운, 앞의 책, p.192.

32) (Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 2. Aufl., 1976, S. p.155.), 류부곤, “고의의 본질에 관한 소고”, 형사법연구 제24권 제3호, (2012), p.107.에서 재인용

33) 문채규, 앞의 논문, p.234.

2) 개연성설

미필적 고의 개념의 발생 연원에 따라 간접고의의 영향을 받아 행위자가 구성요건실현을 개연적인 것으로 인식했던 경우를 미필적 고의로 보는 견해로, 여기서의 ‘개연성’은 결과발생의 가능성을 초과하는 구체적인 인식을 말한다.

개연성설에 대해서는 가능성과 개연성을 구별 짓는 기준을 설정하기 어렵다는 점과 고의의 지적 요소는 결과발생의 가능성에 대한 인식으로 족하다는 점이 지적된다.³⁴⁾ 그리고 가능성설에 대해 지적되는 고의의 의적 측면을 도외시하였다는 점은 개연성설에서도 해결되지 않는 문제라 할 것이다. 이러한 이유로 이는 현재 거의 주장되지 않는 학설이다.

다. 의사를 고려하는 학설

1) 용인설(인용설)

용인설 또는 인용설에 의하면 미필적 고의를 인정하기 위해서는 행위자가 구성요건실현을 가능한 것으로 인식했을 뿐만 아니라 나아가 이를 내적으로 용인하거나 승낙하는 정서적, 심정적 태도가 있어야 미필적 고의가 인정된다는 견해이다. 미필적 고의와 인식있는 과실은 구성요건실현의 가능성을 인식하고 있었다는 점에서는 차이가 없기 때문에 결과 발생

34) 손동권·김재윤, 새로운 형법총론, 율곡출판사, (2011), p.156.

에 대한 인용의사를 기준으로 삼아야 한다는 학설로 현재 우리나라의 다수학자가 찬성하고 있는 견해이다.³⁵⁾

이에 대해서는 '용인'이라는 단계를 거치지 않고 결과발생에 대한 냉혈한' 무관심 '상태에서 결과발생하게 한 경우 고의범이라고 할 수 없게 된다는 점과, '용인'을 어떤 기준에 의하여 확정해야 하는지 여전히 명확하지 않다는 비판 및 정서적·감정적 요소로 책임 단계에서 고려되어야 할 용인 여부를 구성요건해당성 단계에서 고려하는 것은 잘못이라는 지적이 있다.³⁶⁾

2) 무관심설

무관심설에 의하면 미필적 고의는 행위자가 구성요건실현 가능성을 인식했음에도 불구하고 보호법익에 대한 무관심으로 말미암아 구성요건실현을 감수했던 경우라고 한다. 앞서 인용설의 단점으로 지적했던 부분까지 고의범에 포함되어 인용설의 경우보다 고의 인정범위가 다소 넓다.

이에 대해서는 법익 침해에 대한 무관심은 책임단계에서 고려되어야 한다는 지적과 인간심리를 올바르게 포착한 것이 아니라는 비판이 있다. 즉 그러한 행위자는 보통 보호법익에 대한 무관심으로 인하여 구성요건실현을 감수한 것이 아니라, 타인을 침해할 위험 앞에서 자기의 이익 및 충동을 앞세웠기 때문에 구성요건실현을 감수하였기 때문이다.³⁷⁾

35) 신동운, 앞의 책, p.192.; 정영일, 형법개론(제3판), 박영사, (2009), p.97.; 임웅, 형법총론(제6정판), 법문사, (2014), p.161.

36) 손동권·김재운, 앞의 책, p.158.

37) 김용욱, 앞의 논문, p.98.

3) 감수설(신중설)

감수설 또는 신중설에 의하면, 미필적 고의는 행위자가 구성요건실현가능성을 인식했을 뿐만 아니라 이를 진지하게 받아들였음에도 불구하고 행위를 포기하지 않고 자기가 추구하려는 목적을 위해 이런 위험을 감수 또는 묵인함으로써 행위를 하겠다고 결단한 경우라고 한다. 독일형법학계의 다수설이자 우리나라에서도 상당수의 학자가 찬성하는 견해이며³⁸⁾, 오스트리아 형법이 명시적으로 채택하고 있다.³⁹⁾⁴⁰⁾

그러나 이 견해는 개인의 경솔함에 기인한 ‘결과발생이 배제되리라는 신뢰’라는 내심적 태도에 따라 고의가 인정되지 않을 가능성이 있다는 점과 그 용어 자체의 의 모호성이 단점으로 지적된다.

4. 우리나라 판례의 입장

가. 판례의 표현

우리나라 주류의 판례는 “살인죄에 있어서의 범의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 하는 것은 아니고 자기의 행위로

38) 김일수·서보학, 앞의 책, p.130.; 정영일, 앞의 책, p.99.; 손동권·김재운, 앞의 책, p.198.; 박상기, 형법총론(제6판), 박영사, (2004), p.115.; 이재상, 형법총론(제7판), 박영사, (2014), p.168.

39) 이재상, 앞의 책, p.168.

40) 오스트리아 형법 제5조 제1항 “구성요건에 상응하는 사태를 실현하려고 하는 자는 고의로 행위하는 것이다. 이때는 행위자가 진지하게 그 실현을 가능하다고 생각하고 감수하는 것으로 족하다.” 법무부, 오스트리아 형법, (2009). p.12.

인하여 타인의 사망의 결과를 발생시킬 만한 가능 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것이고 그 인식 또는 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 소위 미필적 고의로 인정된다.”⁴¹⁾고 설시하고 있다.

그 외에 “당시 피고인이 위험성 있음을 충분히 인식하면서도 이를 억제치 않고 용인하여 발사하였음이 명백하다”⁴²⁾, “이 사건 범행이 사전에 치밀하게 계획된 살인범행은 아니라고 하더라도 적어도 이 사건 범행 당시에는 피고인에게 순간적으로나마 피해자를 살해할 의사는 있었다고 인정되므로 피고인에게 살인의 고의가 있다”⁴³⁾라는 등으로 ‘가능’, ‘위험’, ‘인식’, ‘예견’, ‘용인’, ‘의사’ 등 학설상 구별되는 개념을 혼재하고 사용하고 있다는 점에서 판례가 사용하는 미필적 고의의 구별기준은 무엇인가에 대한 논쟁이 있다.

.

나. 판례의 입장에 대한 견해 차이

대법원의 미필적 고의에 대한 판단에 대하여 피고인의 의지적 요소를 중시하여 판단한다는 점에서 용인설을 취하고 있다는 견해가 다수설이었으나,⁴⁴⁾ 최근 주류적 판례에서 사용하는 문구인 ‘인식’ 및 ‘예견’이라는 표현에 따라 판례는 입증상 어려움을 회피하기 위하여 고의의 행위 결과에 대한 행위자의 심리적 태도와는 무관하게 결과발생가능성을 인식

41) 대법원 1988. 2. 9. 선고 87도2564 판결 등

42) 대법원 1954. 6. 21. 선고 4287형상1776 판결

43) 대법원 2000. 8. 18. 선고 2000도2231 판결

44) 신동운, 앞의 책, p.194.; 정영일, 앞의 책, p.99.; 임웅, 앞의 책, p.163.; 김일수·서보학, 앞의 책, p.132.; 정영일, 앞의 책, p.101.; 손동권·김재윤, 앞의 책, p.200.; 이재상, 앞의 책, p.168.

또는 예견하였는지 여부를 기준으로 판단하는 것이 명백한 것으로 보인다는 이유로 가능성설 또는 인식설이라고 보는 견해 등이 대립한다.⁴⁵⁾

다. 소결

대법원은 법리를 설시하면서도 특정 학설에 구애받지 않는 용어를 사용해 왔으며, 구체적인 판시 내용을 살펴봐도 기존의 학설이 구분하는 바에 정확히 들어맞는 판단을 하고 있는 것으로 보이지는 않는다. 2000년대 이후 살인죄에서 두드러지게 “결과를 발생시킬 만한 가능 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것”이라는 표현을 반복하여 사용해 왔지만 그러한 법리가 살인죄 판례 모두에 일관되게 이어지는 것은 아니고, 여전히 하급심에서는 ‘용인’ 여부를 요하는 법리를 활용하기도 한다.

위와 같은 표현을 반복하여 사용하는 이유에 대하여 “소송과정에서는 피고인이 결과발생을 인식하였느냐 못하였느냐가 주로 문제되고 결과발생을 인식한 경우에는 인용뿐만 아니라 의욕까지도 인정할 수 있는 경우가 많기 때문”⁴⁶⁾이라는 설명도 타당한 면이 있다.

따라서 판례의 입장을 위의 어떠한 학설에 국한하여 설명하는 것은 보류한다. 다만 대법원이 최근에 이르러 ‘인식’ 측면을 강조하는 경향을 보이는 점은 미필적 고의라는 개념의 본질상 개별사건에서의 증명에 자의가 개입될 가능성이 있다는 점을 깨달은 결과, 보다 객관적인 판단기준을 마련하고자 하는 노력으로 보인다.

45) 박상기, 앞의 책, p.117.

46) 오영근, 형법총론, 박영사, (2005), p.178.

5. 미필적 고의 개념 정의의 문제점 및 연구 방향

대법원의 입장이 미필적 고의와 인식있는 과실에 관한 종래의 해석론 중 어떠한 부분에 해당되는지는 현재 가장 집중해야 할 문제는 아닌 듯하다. 앞서 살펴본 바, 종래의 해석론은 각각의 단점을 가지고 있고, 그 중 단 하나의 개념을 취한다고 하여도 개별판단 시 반드시 옳은 결론에 다다르리라는 보장이 없기 때문이다. 보다 중요한 것은 법원이 현재 사용하고 있는 살인죄의 고의 유무를 판단하는 개별기준이 해당 사건을 살인죄로 의율하는 결론에 도달하기에 적합한 방법인지, 그에 따른 결론은 합리적인지 검토해 보는 것이며, 만약 그 과정에 문제가 있다면 법률을 개선하거나 적용 방식을 보다 합리적인 방향으로 바꾸어 나가는 것을 제안하는 것이다.

제4절 미국법상 고의와 과실의 구별

1. 영미법의 범죄의 주관적 요건(Mens rea)

우리나라의 법체계는 의용형법의 뿌리에서 비롯한 대륙법체계에 기반을 두고 발전해 왔기에 형법전에 대륙법상 개념이 전면적으로 도입된 것이 사실이다. 그러나 현대에 이르러 형사절차에 영미법상 제도가 활발하게 도입되어 오고, 실체법상으로도 영미의 법체계나 법이론에 바탕을 둔 법률들이 제정되고 있다.⁴⁷⁾ 즉 현재 사용하고 있는 고의, 과실의 개념이 불변의 당위적인 개념이 아닌, 도입 당시의 선택에 의한 개념이며, 보다 본질적이고 실체에 가까운 의미를 파악하기 위하여 다른 법체계의 개념을 학습하고 필요한 범위에서 차용할 필요가 있다는 의미이다. 그러한 점에서 영미법상의 주관적 요건에 대한 고찰이 필요하다.

영미법상 범죄는 객관적 요건(Actus reus)와 주관적 요건(Mens rea, 이하에서는 ‘Mens rea’라 한다)을 갖추면 성립하게 된다. 과거 앵글로색슨기⁴⁸⁾는 엄격책임원칙을 적용하여 범죄성립에 있어 주관적 요건은 필요로 하지 않았다. 즉 “일정한 행위를 범한 사람은(그 사람이 어떤 의도로 그러한 행위를 하였는지 불문하고) 일정한 형에 처한다.”는 결론에 도달하였던 것이다. 이는 이후 왕권의 확립과 더불어 형벌이 왕의 권위를 보여주는 수단으로 악용되는 것을 용이하게 만들었다.⁴⁹⁾ 이러한 문제점에 더하여 범죄인의 심리상태, 즉 악의(Vicious will)를 중시하는 교회법의 영향이 작용하여 주관적 요건을 통한 처벌범위를 한정시키고자 하는

47) 이경재, “영국형법상 범죄의 주관적 요소”, 법학연구 제20권 제1호, (2009), p.36.

48) Anglo-Saxon 기(期): 5세기 중엽부터 11세기 중엽, 저자 주

49) 박상진, “영미형법에 있어 주관적 범죄요건(Mens Rea)에 대한 연구”, 비교형사법 연구 제9권 제2호, (2007), p.411.

필요성이 강하게 요청되는데 이 주관적 요건이 바로 Mens rea이다.

2. 미국법의 주관적 구성요건의 4가지 단계

가. 미국의 모범형법전(Model Penal Code)

미국 형법은 우리나라와 같이 단일 형법전을 가지고 있지 않고 미국 헌법에 의하여 형법적 책임을 부과할 수 있는 권한은 주로 주(states)에 있으며, 연방의 권한은 연방의 이익과 관련된 범죄의 금지와 처벌에 한정되어 있다.⁵⁰⁾ 또한 판례법으로 시작된 미국 형법은 각 주에 적용되는 통일적 기준이 없어 미국 시민들로 하여금 금지규정에 대한 일관성과 규범적 효과를 가지기 힘들다는 문제가 있었다. 이에 미국법학회(American Legal Institute)의 주도로 각 주의 형법 간의 유사성의 근거가 되는 모범형법전(Model Penal Code, 이하 ‘모범형법전’이라 한다)이 만들어졌다.

나. 모범형법전 상 고의의 종류

미국에서는 Mens rea 개념을 표현하기 위하여 다양한 어휘들을 사용하여 왔다.⁵¹⁾ 모범형법전에서는 이에 대하여 ① 고의로(Purposely), ② 정을

50) 장규원, “미국 모범형법전에 대한 고찰”, 비교형사법 연구 제9권 제1호, (2007), p.460.

51) 이러한 표현에는 feloniously, maliciously, willfully, corruptly, spitefully 등이 있는데 모범형법전 주석서에 따르면 이 당시 범의를 설명하기 위하여 사용되는 용어가 76가지에 이르렀다고 한다. (Model Penal Code 2.02, commentary n.3m1980, p.230.), 김슬기, “미국 형사법상 범의(Mens Rea)와 엄격책임(Strick Liability)에 관한 고찰” 법학연구 제19권 제2호, (2009). p.421.에서 재인용

알면서(Knowingly), ③ 무모하게(Recklessly), ④ 과실로(Negligently)의 4단계의 심리상태 하에서 행하여졌는지를 구분하는 방식을 취하고 있다.⁵²⁾

1) 우선 “고의로(Purposely)” 라는 부분에 대하여 모범형법전은 “(i) 당해 요소가 그의 행위의 본질 또는 행위 결과를 포함할 때에는 동 본질적 행위에 종사하거나 그러한 결과를 초래함을 의식적으로 목적하는 경우 및 (ii) 당해 요소가 부대상황을 포함할 때에는 그가 동 상황의 존재를 인식하고 있거나 존재한다고 믿거나 희망하는 경우⁵³⁾” 라고 규정하고 있다.

2) “정을 알면서(Knowingly)” 란 “(i) 당해요소가 그의 행위의 본질 또는 부대상황을 포함할 때에는 그의 행위가 동 본질에 속한다는 것 또는 동 부대상황이 존재한다는 것을 행위자가 ‘인식’ 하는 경우 및 (ii) 당해 요소가 그의 행위의 결과를 포함할 때에는 그의 행위가 동 결과를 초래할 것이 확실함을 행위자가 ‘인식’ 하고 있을 경우” ⁵⁴⁾를 말한다고 한다.

3) “무모하게(Recklessly)” 란 “누구든지 죄의 중대요소가 존재한다거나 그의 행위로부터 초래되리라는 실질적이고 위법한 위험을 의식적으로

52) 아래 번역의 기준은 법무부, 미국모범형법·형사소송규칙, 법무자료 제50집(1983)에 의함

53) Model Penal Code §2.(02(2)(a)) A person acts *purposely* with respect to a material element of an offense when:(i) if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his conscious object to engage in conduct of that nature or to cause such a result; and(ii) if the element involves the attendant circumstances, he is aware of the existence of such circumstances or he believes or hopes that they exist.

54) Model Penal Code §2.(02(2)(b)) A person acts *knowingly* with respect to a material element of an offense when:(i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist; and (ii) if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result.

무시하는 경우에는 당해 중대요소에 관하여 ‘무모히’ 행위를 하는 자이다. 당해 ‘위험’은 행위자의 행위의 본질 및 목적과 그에게 인식된 상황을 고려할 때, 그 위험을 무시한다면 필연적으로 행위자의 입장에 처한 일반준수자의 행위기준을 현저히 일탈하게 된다 ‘는 그러한 정도의 본질을 갖추고 있어야 한다.”⁵⁵⁾고 규정하고 있다.

4) “과실로(Negligently)”란 “누구든지 죄의 중대요소가 존재한다거나 그의 행위로부터 초래되리라는 실질적이고 위법한 위험을 인식하고 있었어야 할 경우에는 당해 중대요소에 관하여 ‘과실’로 행위를 하는 자이다. 당해 ‘위험’은 행위자의 행위의 본질 및 목적과 그에게 인지된 상황을 고려할 때, 행위자가 그 위험을 감지하지 못한다면, 필연적으로 ‘행위자의 입장에 처한 합리적 인간의 주의기준을 현저히 일탈하게 된다’는 정도와 본질을 갖추고 있어야 한다.”⁵⁶⁾고 규정하고 있다.

우선 ‘purposely’는 ‘고의로’라고 번역할 경우 우리나라의 미필적 고의까지 포함하는 개념으로 오해될 소지가 있으므로, 가장 강한 고의인 ‘의도적 고의’로,⁵⁷⁾ ‘knowingly’는 의도보다는 인식의 확실성을 전제

55) Model Penal Code §2.(02)(2)(c))A person acts *recklessly* with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation.

56) Model Penal Code §2.(02)(2)(d))A person acts *negligently* with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation.

57) 장규원, 앞의 논문, p.414.

로 ‘(위험성을)확실히 인식하고’ 로 번역하는 것이 보다 타당해 보인다.⁵⁸⁾

다. 무모성(Recklessness) 개념에 대한 고찰

우리나라에서 가장 설명하기 힘든 개념인 ‘recklessness’에 대해 종래 일본학자들의 번역례에 의하여 무모(無謀)라고 번역하는 것이 일반적이다(이하에서는 ‘recklessness’를 ‘무모성’이라고 한다).⁵⁹⁾ 무모성 개념 또한 영미학자들 사이에서 그 의미에 대한 해석이 분분한 영역이었다. 아래에서는 무모성 개념의 양쪽 경계를 형성하는 미국법상 고의(purpose, knowing) 또는 과실(negligence)과 어떻게 구별되는가를 살펴봄으로써 무모성의 개념을 보다 분명히 하고자 한다.

고의라는 말의 의미는 결과발생을 의욕하였는가와 관계없이 자신의 행위가 상당정도 분명하게 결과를 야기한다는 사실을 인식하는 것으로 해석된다. 반면, 무모성은 비록 결과발생이 확실한 것은 아니지만, 자신의 행위가 결과를 야기할지도 모른다는 점을 인식하는 것을 의미한다.⁶⁰⁾ 즉 고의는 거의 확실한 정도의 인식을 요하는 반면, 무모성은 확실성이나 상당정보보다 훨씬 낮은 정도의 무엇인가의 인식, 즉 ‘결과발생의 실질적이고 위법한 위험(substantial and unjustifiable risk)’을 의미한다.

과실과 무모성은 모두 실질적이고 위법한 위험을 받아들인 것이지만, 주의의무의 기준으로부터 이탈의 정도에서 차이가 있다. 무모성은 행위

58) 장규원, 앞의 논문, p.416.

59) 김종구, “미국 형법상 Recklessness 개념에 관한 고찰”, 형사법의 신동향 제45호, (2014), p.3.

60) 김종구, 앞의 논문, p.15.

자가 자신이 받아들이는 중대하고 정당화할 수 없는 위험을 인식하고도 ‘의식적으로 무시(consciously disregard)’하면서 자신의 위험한 행위를 계속한 것이고, 과실은 합리적인 사람이라면 그가 받아들이는 중대하고 정당화할 수 없는 위험을 ‘인식했어야 하는데 이를 인식하지 못하고 (should be aware of)’ 부주의하게 위험을 받아들인 것에 책임이 있는 것이다.⁶¹⁾

즉, 무모성 개념은 전형적인 고의와는 그 위험성에 대한 인식의 정도에서, 과실과는 위험을 받아들이는 과정에서 자신의 의지가 개입되었는지 여부에 있어서 차이가 있다.

3. 모범형법전 상 살인죄의 분류

모범형법전은 살인죄를 크게 ‘모살(murder) -1급 중죄’, ‘고살(manslaughter) -2급 중죄’, ‘과실치사(negligent homicide -3급 중죄’으로 구별한다. 각각의 중죄의 급은 모범형법전 § 6.06(통상기간)과 § 6.07(연장기간)에 의하여 차등화 된 징역형을 선고할 수 있는 기준이 되며,⁶²⁾ 모살의 경우는 모범형법전 § 210. 6에 따라 사형선고가 가능하다.

영미법전통(common law)에서 모살과 고살은 사전계획, 책임감경적 정황의 여부, 그리고 법관의 양형재량인정여부에 따라 구별된다. 모살은

61) Dressler J., *Understanding Criminal Law*(5th edition), LexisNexis, (2012), p.135.

62) 모범형법전 §6.06 중죄에 대한 징역형의 선고: 통상기간

중죄에 관하여 유죄결정을 받은 자는 다음과 같이 징역형에 처할 수 있다.

- (1) 제1급 중죄의 경우 ; 단기는 1년 이상 10년 미만에서 법원이 정하는 기간, 장기는 무기징역
- (2) 제2급 중죄의 경우 ; 단기는 1년 이상 3년 미만에서 법원이 정하는 기간, 장기는 10년
- (3) 제3급 중죄의 경우 ; 단기는 1년 이상 2년 미만에서 법원이 정하는 기간, 장기는 5년

적극적으로는 살의적 계획(malice aforethought)이라는 주관적 요소의 존재와, 소극적으로는 고살에 해당하는 책임감정적 정황의 부재로 성립된다.⁶³⁾

모범형법전 § 210.2.에 규정된 모살은 ① 의도적이거나(purposely) 확실한 인식하에(knowingly) 살인한 경우 및 ② 생명에 대한 극도의 무관심이 명백한 상황 하에서 무모히(recklessly) 실행한 경우로, 강도죄 등 중죄에 의한 경우는 위 무모성이 추정되는 것으로 규정하고 있다. 모범형법전 § 210.3.에 규정된 고살은 무모히 실행하거나 통상 합리적인 감정사유가 있다고 판단될 수 있는 경우를 말한다.

4. 검토

앞서 살펴본 바와 같이 미국 각 주 및 연방법원에서 채택하고 있는 모범형법전에도 확지에 의한 고의나 인식없는 과실과는 구별되는 중간 영역의 다른 주관적 요소가 존재함을 알 수 있다. 이러한 의미에서 영미법상 무모성 개념은 독일형법이나 우리형법상의 미필적 고의보다 더 넓은 개념으로서, 인식있는 과실을 포함하는 것으로 직접고의와 인식 없는 과실의 중간에 위치하는 제3의 책임형식으로 이해하는 견해가 있으며,⁶⁴⁾ 고의 개념의 실질화 및 세분화 측면에서 귀를 기울일만한 주장이라고 생각한다.

우리 형법이 주관적 구성요건을 고의-과실의 두 종류로 나누어 보고 있다는 점에서 위 무모성 개념과 미필적 고의는 동일한 범위를 가지는 것

63) Williams G. L., *Textbook of Criminal Law*(2nd edition), Stevens, (1983), p.245.

64) 김종구, 앞의 논문, p.26.

이라고 보기는 어렵다. 다만, 미국이 길지 않은 역사 동안 판례의 축적을 통하여 유무죄 판단의 기준을 마련하는 과정에서 범죄 성립의 주관적 요건의 각 유형을 축적하고 공통분모를 추출하여 모범형법전으로 명문화한 것은 범죄성립의 난해한 주관적 요건 판단의 기준 마련을 위해서였을 것으로 짐작되며, 행위자 내면의 정신작용을 설명하는 용어마다 정의규정을 넣어 개념화하고 공식화하고자 노력한 점은 죄형법정주의나 법치주의의 측면에서 이해되어야 한다.⁶⁵⁾ 이러한 점은 형법 제13조에 ‘범의’의 ‘인식’만을 규정하여 구체적인 내용을 알기 위하여서는 전적으로 판례의 법리에 의존하여야 하는 우리나라 형법에 시사하는 바가 크다.

65) 정재준, “형법상 범죄의 주관적 구성요건에 대한 미국과 한국의 비교 연구”, 비교형사법 연구, 제18권 제1호, (2016), p.25.

제5절 미필적 고의 개념 정의 및 연구 방향

1. 미필적 고의 판단에 의지적 요소 검토의 필요성

고의란 구성요건적 행위 및 그에 따라 발생가능한 결과에 대한 객관적인 인식과, 자유의지를 가진 인간으로서 당해 행위의 의미를 인지하고도 결의하는 의사를 필요로 한다. 구성요건에 대한 인식은 결과발생의 가능성으로 충분하나, 과실범과 구별되어 원칙적으로 처벌대상이 되는 고의범은 그의 행위에 행위반가치가 존재하여야 하고, 행위반가치는 주관적 불법요소가 되는 결과에의 실현의사로 표상되기 때문이다. 이러한 맥락에서 현재 미필적 고의와 인식있는 과실의 구별과 관련하여 순수한 인식만을 요구하는 학설은 거의 주장되지 않는 것으로 보인다.

2. 미필적 고의에서의 의지적 요소의 의미

가. 고의와 과실의 경계에 있는 무모성 개념

모범형법전은 기존의 판례나 학설에 구애됨이 없이 주관적 요소의 개념을 자세히 정의해두어, 법의 문외한도 쉽게 이해할 수 있도록 기안된 것이다.⁶⁶⁾ 따라서 주관적 구성요건요소 개념을 세분화하기 위하여 이를 참조해 보는 것은 의미 있는 작업일 것이다.

66) 박상진, 앞의 논문, p.413.

지정고의(knowing)와 과실(negligence)의 경계에 있는 무모성 개념의 정의⁶⁷⁾는 “죄의 중대요소가 존재한다거나 그의 행위로부터 초래되리라는 실질적이고 위법한 위험을 의식적으로 무시하는 경우”이며, 보다 구체적으로 “당해 위험은 행위자의 행위의 본질 및 목적과 그에게 인식된 상황을 고려할 때, 그 위험을 무시한다면 필연적으로 행위자의 입장에 처한 일반준수자의 행위기준을 현저히 일탈하게 된다”는 정도의 위험으로 “결과발생의 실질적이고 위법한 위험(substantial and unjustifiable risk)”으로 표현된다.

달리 말하면 무모성은 위와 같은 위험을 인식하고서도(지적 요소) 그 행위에 나아갔다는 점(의지적 요소)에 가벌성이 있는 것이다. 이와 같은 구체적 설명은 형법 제13조에 의하여 ‘범의 ‘로만 표현되어 있는 우리나라 고의의 개념을 상세화 하는데 도움을 줄 수 있다.

나. 미필적 고의의 의지적 요소의 구체적 의미

미필적 고의에서 지적(知的) 요소는 구성요건적 행위를 한다는 객관적 인식과 당해 행위로 인하여 구성요건적 결과발생이 가능하다는 점에 대한 인식이다. 미필적 고의의 의지적(意志的) 요소는 ‘자신의 행위 목적에 따른 사회적으로 금지된 결과를 향해 나아가겠다는 결정’이라고 표현할 수 있을 것이다. 이 결정은 별도로 구분되는 범죄에 대한 결심이라는 단계를 요하는 것이 아니고 행위 당시 및 전후 사정을 외부에서 관찰하여, 발생가능한 법익침해방향으로 나아감에 주저함이 없는 경우에 인

67) Model Penal Code §2.02(2)(c))

정된다고 보아야 한다. 만약 결심이라는 단계를 부각시킬 경우 소송법상 피고인의 방어권이 침해되거나 자백을 강요하게 되는 경우가 발생할 우려가 있으며, 행위 후 수사 및 재판 단계에서 하는 피고인의 자신의 진술 자체가 사건 당시의 내심의 의사를 정확하게 반영하는 것인지 확실하지 않다는 점에서 불합리하다. 이러한 점에서 “행위자가 결과발생을 용인하였는가는 책임요소로서의 의미만 있으며, 고의를 판단할 때에는 행위를 결의하였다는 의사를 문제 삼아야 한다”는 지적은 타당하다.⁶⁸⁾

자신의 행위 목적에 따른 사회적으로 금지된 결과를 향해 나아가겠다는 결정이라는 기준에서 보면 판단 근거 중 당해 행위를 하게 된 동기가 무엇인지에 대한 더욱 정밀한 판단이 요구된다. 행위의 목적이나 동기에 대한 입증을 통해서 범인의 결과 실현 의지의 정도가 드러나게 되기 때문이다.

3. 연구 방향

보통법이든 성문법 체계를 취하든 범죄의 주관적 요소인 고의를 입증하는 일은 쉽지 않다. 그 이유는 고의는 객관적으로 직접 관찰을 통하여 판단할 수 있는 것이 아니라 인간 내면의 작용이라는 점에서 간접적, 상황적 증거에 의존하여 판단할 것이 예정되어 있기 때문이다. 이와 같은 어려움을 최소화하기 위하여서라도 유죄 인정의 한계선에 있는 고의의 의미가 무엇인지 최선을 다해 설명하고 드러낼 필요가 있고, 그와 같이 정리된 의미에 따른 판단기준을 보다 상세화 하고 명확히 할 필요가 있

68) 이재상, 앞의 책, p.169.

다. 그 기준이 명확하지 않다면 미필적 고의는 “확정되는 것이 아니라
떠넘겨지는 것, 즉 고의가 가벌성을 결정하는 것이 아니라 거꾸로 가벌
성이 고의를 결정하는 꼴” 이 된다.⁶⁹⁾

그런 의미에서 아래에서는 현재 우리나라 판례의 미필적 고의 법리 및
구체적 판단 과정을 살펴보고자 한다.

69) 김용욱, “미필적 고의와 과실의 구분에 관한 연구”, 비교형사법 연구 제3권 제2호,
(2001), p.92.

제3장 판례상 미필적 고의 판단 과정 분석

제1절 연구 대상 판례의 추출

1. 연구의 전제

본 연구는 미필적 고의 인정여부에 대한 수사기관과 각급 법원간의 의견이 갈린 경우, 각각의 판단주체에 따른 미필적 고의의 정의와 미필적 고의를 판단하는 근거에 차이가 있을 것이라는 가설 하에 진행되었다. 따라서 각각의 판단주체 간 결론의 차이가 있었던 사건을 추출하여 주된 분석의 대상으로 삼았다.

2. 판례의 수집방법 및 선정기준

우선 국내 법률정보제공정보 서비스인 ‘로앤비’⁷⁰⁾, 법원도서관 정보 데이터베이스 시스템인 ‘법고을LX’⁷¹⁾, 판례검색시스템인 ‘케이스노트’⁷²⁾에 검색어 ‘미필적’ ‘에’ ‘살인’ ‘또는’ ‘치사’ 를 결합하여 입력하는 방식으로 검색하였다. 검색된 판례 중 미필적 고의 인정 여부가 치열하게 다투어졌으리라 예상되는 첫째, 검찰이 살인죄를 주위적으로, 상해치사죄를 예비적으로 기소한 경우, 둘째, 검찰 기소 당시 죄명과 법원이 인정한 죄명이 다른 경우, 셋째, 법원 각 심급 간 결론이 다른 경우에

70) <https://www.lawnb.com/>

71) https://library.scourt.go.kr/kor/openspace/w15_03q.jsp

72) <https://casenote.kr/>

관한 판례를 위주로 추출하였고, 그 중 고의 인정이 아닌 인과관계 유무가 문제된 경우이거나, 객관적 구성요건요소의 확정을 달리하여 결론이 달라진 판례는 배제하였다.

위와 같이 확정된 대상 판결의 하급심 판례를 온라인 검색으로 통하여 확보하기 어려운 경우, 법원에서 제공하는 '판결문 제공신청 서비스' ⁷³⁾를 이용하여 하급심 판례를 수집하여 사실관계 및 원심 판단 내용을 파악하였다.

제2절 판례상 미필적 고의 인정 근거 및 과정

1. 살인의 고의 인정에 대한 법리

가. 주된 판례의 미필적 고의 법리

살인죄의 고의를 인정하는 기준에 대해서 주류의 판례는 “살인죄에 있어서의 범의는 반드시 살해의 목적이거나 계획적인 살해의 의도가 있어야 하는 것은 아니고 자기의 행위로 인하여 타인의 사망의 결과를 발생시킬 만한 가능 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것이고 그 인식 또는 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 소위 미필적 고의로 인정된다(대법원 1988. 2. 9. 선고 87도2564 판결 등).” 고 설시하고 있다.

73) <https://www.scourt.go.kr/portal/decide/DecideList.work>

나. 고의를 부인하는 경우의 판단 기준

피고인이 살인의 고의를 부인하는 경우에 피고인에게 범행당시 살인의 범의가 있었는지 여부를 판단하는 기준에 대하여 대법원은 “피고인이 범행에 이르게 된 경위, 범행의 동기, 준비된 흉기의 유무·종류·용법, 공격의 부위와 반복성, 사망의 결과발생가능성 정도, 범행 후에 있어서의 결과회피행동의 유무 등 범행 전후의 객관적인 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 2000. 8. 18. 선고 2000도2231 판결).” 고 판시하고 있다.

다. 미필적 고의 증명 방법에 대한 최신 법리

대부분의 판례는 위 나항 법리를 이용하여 판단을 해 오고 있었으나, 최근 다른 범죄에서 미필적 고의를 판단해오던 기준을 차용하여 살인죄에서도 “범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의라 함은 범죄사실의 발생 가능성을 불확실한 것으로 표상하면서 이를 용인하고 있는 경우를 말하고, 미필적 고의가 있었다고 하려면 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 하며, 그 행위자가 범죄사실이 발생할 가능성을 용인하고 있었는지의 여부는 행위자의 진술에 의존하지 아니하고 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 하여 일반인이라면 당해 범죄사실이 발생할 가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 하고, 이와 같

은 경우에도 공소가 제기된 범죄사실의 주관적요소인 미필적 고의의 존재에 대한 입증책임은 검사에게 있는 것이며, 한편, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도74 판결 참조).” 는 법리를 활용한 예를 발견할 수 있다.

라. 비난가능성 높은 행위에 대한 신중한 판단 선언

나아가 대법원은 사회적으로 큰 공분을 불러일으켰던 ‘윤일병 사망사건’의 공범자들에 대한 살인의 고의 인정과 관련하여 “형벌법규의 해석과 적용은 엄격하여야 하므로, 비록 범행 결과가 매우 중대하고 범행 동기나 방법 및 범행 정황에 비난 가능성이 크다는 사정이 있더라도, 이를 양형에 불리한 요소로 고려하여 그 형을 무겁게 정하는 것은 별론, 그러한 사정을 이유로 살인의 고의를 쉽게 인정할 것은 아니고 이를 인정함에 있어서는 앞서 본 법리에 따라 신중을 기하여야 한다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도5355 판결).” 는 법리를 설시하여 비난 여론과는 별개로 살인의 고의 인정 여부는 법원칙에 따라야 함을 확인하였다.

2. 연구대상 판례의 개요

분석할 대상 판례의 개요는 다음 표와 같다. 즉, 아래 3항은 살인의 미필적 고의를 언급한 최초의 판례로, 1953년 형법 제정 직후의 대법원의 미필적 고의 판단 방식을 살펴볼 수 있다. 아래 4항은 살인의 미필적 고의를 인정한 전형적인 판례들이다. 아래 5항은 각 판단기관 간의 고의에 대한 결론이 달라진 경우로 각 판단기관이 사용한 법리와 판단기준 간의 차이를 살펴볼 수 있다. 아래 6항은 부작위에 의한 살인의 미필적 고의 인정 여부가 문제되는 경우이다.

| 순번 | 사건번호 | 사건명 | 기소죄명 | 인정 죄명 | 형량 |
|-----|-------------------|---------------------------|--------------|-------|-----|
| 3 | 대법원 4287형상1776 | 다이아 트럭 총격사건 | 살인 | 살인 | 미상 |
| 4.가 | 대법원 82도2525 | 식도로 하복부를 찔러 사망하게 한 사건 | 살인 | 살인 | 징10 |
| 4.나 | 대법원 98도980 | 각목으로 머리 1회 구타하여 사망하게 한 사건 | 살인 | 살인 | 미상 |
| 4.다 | 대법원 2000도2231 | 울대뼈 가격 사건 | 살인, 예상해치사 | 살인 | 징15 |
| 4.라 | 대법원 2002도4089 | 보복목적 하반신 공격하는데 동행한 사건 | 살인 | 살인 | 미상 |
| 4.마 | 수원지방법원 | 음주단속 경찰관을 매달고 운전한 사건 | 살인, | 살인, | 징18 |

| | | | | | |
|-----|---------------------|------------------------|------------------------|----------------|---------------|
| | 2006고합1 | | 특수공무집행 방해치사 | 특수공무집행 방해치사 | |
| 4.바 | 서울고등법원 2015노3544 | 찾김에 사람을 차로 친 사건 | 살인미수 | 살인미수 | 징3 집5 |
| 5.가 | 대전홍성지원 97고합63 | 음주단속 경찰관을 오토바이로 친 사건 | 살인, 예특수공무집행 방해치사 | 특수공무집행 방해치사 | 징 장4 단3 |
| 5.나 | 서울고등법원 2011노64 | 승용차 후진하여 대리기사 치고 떠난 사건 | 살인 | 특가도주 | 징3 집5 |
| 5.나 | 대법원 2011도7925 | | 살인 | 살인 | 파기 |
| 5.다 | 대법원 2008도9867 | 도우미 폭행사망 후 토막매장사건 | 살인 | 상해치사 | 사형 |
| 5.라 | 울산지방법원 2013고합309 | 울산계모사건 | 살인 | 상해치사 | 징15 |
| 5.라 | 부산고등법원 2014노264 | | 살인 | 살인 | 징18 |
| 5.마 | 대전고등법원 2014노286 | 자녀를 목검으로 구타한 사건 | 살인 | 상해치사 | 징5 |
| 5.바 | 창원지방법원 2013고합267 | 여자친구 얼굴을 걷어찬 사건 | 상해치사 | 상해치사 | 징10 |
| 5.사 | 울산지방법원 2013고합200 | 시비거는 사람을 낚시칼로 2회 찌른 사건 | 살인 | 상해치사 | 징5 |

| | | | | | |
|-----|--|-------------------|-------------------------|----------------|-----------|
| 5.아 | 제3군사령부 군사법원 2014고13, 2014고14(병합) | 윤일병 사망사건 (주범) | 살인 | 상해치사 | 주범 징45 |
| 5.아 | 고등군사법원 2014노315 | | 살인 예상해치사 | 살인 | 징35 |
| 5.아 | 대법원 2015도5355 | | 살인 예상해치사 | 살인 | 징35 |
| 5.아 | 제3군사령부 군사법원 2014고13, 2014고14(병합) | 윤일병 사망사건 (공모자) | 살인 | 상해치사 | 징45 |
| 5.아 | 고등군사법원 2014노315 | | 살인 예상해치사 | 살인 | 징35 |
| 5.아 | 대법원 2015도5355 | | 살인 예상해치사 | 상해치사 | 징35 |
| 6.나 | 서울형사지방법원 81고합1232, 1299 | 주교사 사건 | 특가위반(유괴 살인) | 특가위반(유괴 살인) | 사형 |
| 6.나 | 서울고등법원 82노831 | | 특가위반(유괴 살인) | 특가위반(유괴 살인) | 사형 |
| 6.나 | 대법원 82도2024 | | 특가위반(유괴 살인) | 특가위반(유괴 살인) | 사형 |
| 6.다 | 광주지방법원 2014고합180, 2014고합384 | 세월호 사건 (선장) | 살인, 예1특가위반 예2유기치사 | 유기치사 | 징36 |

| | | | | | |
|-----|-----------------------------------|--|-------------------------|------|-----|
| 6.다 | 광주고등법원 2014노490 | | 살인, 예1특가위반 예2유기치사 | 살인 | 무기 |
| 6.다 | 대법원 2015도6809 | | 살인, 예1특가위반 예2유기치사 | 살인 | 무기 |
| 6.다 | 광주지방법원 2014고합180, 2014고합384 | 세월호 사건 (1등 항해사) | 살인 예유기치사 | 유기치사 | 징20 |
| 6.다 | 광주고등법원 2014노490 | | 살인, 예1특가위반 예2유기치사 | 특가위반 | 징12 |
| 6.다 | 대법원 2015도6809 | | 살인, 예1특가위반 예2유기치사 | 특가위반 | 징12 |
| 6.다 | 광주지방법원 2014고합180, 2014고합384 | 세월호 사건 (기관장) -다친 조리원을 구조하지 않은 점 | 살인, 예유기치사 | 살인 | 징30 |
| 6.다 | 광주고등법원 2014노490 | | 살인, 예유기치사 | 유기치사 | 징10 |
| 6.다 | 대법원 2015도6809 | | 살인, 예유기치사 | 유기치사 | 징10 |

표 3 연구대상 판결의 개요

3. 살인의 미필적 고의를 언급한 최초의 판례⁷⁴⁾

가. 사실관계

이 사건은 검문에 불응하여 도주하는 다이야 트럭을 멈추게 할 수 있다고 생각하고 야간에 100m 떨어진 거리에서 군인인 피고인이 총을 발사하여 조수석에 있는 사람의 심장을 관통하여 즉사하게 한 사안이다.

나. 사건의 경과

이 1954년의 판례는 판결문을 찾을 수 있는 범위에서 가장 이른 시점에 내려진, 살인죄의 미필적 고의라는 어휘가 등장한 최초의 판결이다. 피고인은 일관되게 도주하는 트럭(물건)의 바퀴를 총으로 쏘 도주를 저지할 의도 및 능력이 있었으므로 피해자에 대한 살인의 고의가 없었음을 주장하였고, 원심은 살인죄의 고의가 아닌 피고인의 주의의무 위반과 사망에 대한 예견가능성만을 인정하여 업무상과실치사죄를 적용하였으나, 대법원은 피고인에게 살인의 미필적 고의가 있다는 취지로 이를 파기 환송하였다.

74) 대법원 1954. 6. 21. 선고 4287형상176 판결

다. 대법원의 판단

대법원은 다음과 같은 ① 범행 시각이 일몰 1시간 후인 오후 7시였고 100미터 떨어진 거리에서 트럭에 대한 정확한 조준이 불가능하였다는 객관적인 사정, ② 피고인의 공판정에서의 진술 중 “그런 것이 아니라 피고인은 그시 「다이아」에 명중되어도 좋고 승차 중인 사람에 맞어도 좋다는 생각으로 발사한 것이 아닌가”라는 질문에 대해 “아니올시다 그시 「다이아」는 보이지 않았으나 피고인은 평소에 총을 잘쏘는 자이기에 사람은 맞지 않고 「다이아」에만 명중시킬 자신이 있어서 「다이아」를 빵구케 하여 정차코자 발사하였던 것입니다”라고 답변한 부분 및 그 전의 “자동차와 피고인과의 거리가 유효착탄거리를 초과하였을 뿐 아니라 어둠으로 인하여 사물의 분별이 곤란하였음에도 불구하고 사람이 타고 있는 차에 대하여 실탄을 발사하면 위험할 줄을 생각치 못하였든가”라는 질문에 대한 “그러한 위험성은 인식하였으나 피고인의 검문검색의 임무수행상 부득이 발사하였습니다”라는 답을 바탕으로, 피고인의 탁월한 사격능력이 다른 증거로 증명되지 않은 한 일상경험칙에 비추어 보아 정확한 조준을 하여 사격하는 것은 불가능하므로 피고인의 살인의 미필적 고의가 인정된다고 판시하였다. 판례의 문구는 다음과 같다.

“총탄발사 당시의 피고인의 심리상태는 확정적은 아닐지언정 불확정적이거나 총탄을 발사하면 혹은 승객에게 명중하여 살상의 결과를 발생할런지도 모르겠다는 의아심을 가졌음에도 불구하고 발사를 억제함이 없이 이를 객인하고 발사한 것으로서 적어도 불확정적인 소위 미필적 고의정도는 후현 제1심공판조서 중의 피고인의 공술 등에 의거하여 능히 시인할 수 있다고 봄이 타당

하다 할 것이다...당시 피고인이 위험성있음을 충분히 인식하면서도 이를 억제치 않고 용인하여 발사하였음이 명백하다”

라. 검토

위 판결은 “불확정적이거나...위험성있음을 충분히 인식하면서도 이를 억제치 않고 용인하여” 라는 표현을 사용하여 문언적 의미 자체만으로는 현재 지배적인 법리의 표현인 “인식 및 예견” 에서 한 단계 더 나아간 의지를 요하는 것으로 보인다.

판단기준에 대해서는 현재 일반적으로 사용되는 바와 같은 간접증거 중 객관적 상황에 대한 판단에 더하여, 피고인 스스로 수사기관 및 법정에서 한 내심의 진술에 대한 일상경험칙상의 분석을 통하여 미필적 고의 여부를 판단하고 있으며, 후자에 비중을 조금 더 두고 있는 것으로 보인다. 검사의 상고이유 중에도 피고인이 자신의 의사에 대해 1심 법정에서 “잘못하면 적재함에 탄 인명에 해가 될 우려성도 있었으나 검문할 의욕 하에 그런 점을 개의치 않고 발사한 것이라고 진술” 하였다가 2심 법정에 이르러 “검문검색하기 위해서 동차를 정지시킬 목적으로 다이야를 향하여 발사하였을 뿐 적재함에 탄 인명에 해가 될런지도 모르면서 기점을 개의치 않고 발사한 것은 아니다” 라고 진술을 번복한 점을 명시적으로 지적하고 있다.

4. 살인의 미필적 고의를 인정한 대표적인 판례

위와 같이 대법원은 운영 초기부터 범죄의 미필적 고의를 명시하여 판단대상으로 삼아왔다. 아래는 대법원 판례 중 미필적 고의 인정 여부가 다투어졌던 대표적인 판례들이다.

가. 식도로 하복부를 찔러 사망하게 한 사건⁷⁵⁾

1) 사실관계

피고인이 식도로 피해자의 하복부를 1회 찔러 피해자가 병원에 입원하였고 1달 뒤 패혈증 등으로 사망한 사안이다.

2) 사건의 경과

단 1회의 공격 및 공격과 결과 발생 사이의 시간 간격 등을 이유로 피고인은 살인의 고의 및 인과관계 없었음을 주장하였으나 받아들여지지 않았다.

3) 대법원의 판단

피고인이 예리하고 긴 식도로 피해자의 하복부를 찔러 그 결과 사망한 것이라면 일반적으로 내장파열 및 다량의 출혈과 자창의 감염으로 사망

75) 대법원 1982. 12. 28. 선고 82도2525 판결

의 결과를 발생케 하리라는 점을 “경험상 예견할 수 있는 것이므로 피고인에게 살인의 결과에 대한 확정적 고의는 없다 치더라도 미필적 인식은 있었다고 보기 어렵지 아니하므로” 살인죄를 인정하였다.

4) 검토-인식 또는 예견가능성을 요하는 듯한 표현 사용

위 판결은 판례가 미필적 고의 판단 방법에 대한 법리를 제시⁷⁶⁾하기 전에 있었던 것으로, 사용된 흥기의 종류, 타격 부위 및 그 정도를 고의를 추단할 수 있는 가장 중요한 요소로 삼고 있다.

또한 미필적 고의가 아닌 미필적 “인식”이라는 단어를 사용하여 마치 고의의 의(意)적 요소는 판단하지 않는 듯한 모습을 보인다. 그러나 위와 같이 피고인이 “결과를 예견할 가능성”이 있었음만을 근거로 고의범을 인정한다면 과실범에서 요구하는 예견가능성 개념과의 혼돈이 초래되며, 구성요건요소의 중요한 한 축을 차지하는 고의라는 주관적 구성요건요소의 판단 기준을 모호하게 하는 문제가 발생한다.

이에 더하여 고의의 지적 요소인 인식만을 판단내용으로 실시하는 경우 설사 인식 여부 판단 과정에서 의사를 검토한 것이라고 볼 수 있다 하더라도 법상 규정된 용어가 아닌 판례상 개념인 미필적 고의라는 기준에 의하여 판단함에 있어 그 내용이 무엇인지 설명해 주는 기능을 하지 못한다는 문제점이 있다.

76) 대법원 1988. 2. 9. 선고 87도2564 판결

나. 각목으로 머리 1회 구타하여 사망하게 한 사건⁷⁷⁾

1) 사실관계

피고인과 피해자가 말다툼 중 격분한 피고인이 주위에 있던 각목을 집어 들어 피해자의 머리를 1회 구타하여 동맥 파열 등으로 사망하게 한 사안이다.

2) 사건의 경과

우발적인 범행이고 때마침 옆에 있던 각목을 이용한 단 1회의 타격이라는 점에서 피고인은 살인의 고의 없음을 주장하였지만, 대법원은 이를 받아들이지 않았다.

3) 대법원의 판단

대법원은 ① 피해자가 피고인의 타인에 대한 채무에 대하여 보증을 선 문제로 말다툼을 하던 중 먼저 피해자가 피고인에게 욕설을 하고 얼굴에 침을 뱉은 경위, ② 주변 길바닥에 있던 가로 15cm, 세로 6cm, 길이 153cm, 무게 7kg의 목재가 도구였던 점, ③ 1회 타격이기는 하나 길에 누워 있던 피해자의 왼쪽 귀 윗부분을 타격한 점, ④ 반대편까지 이어지는 두 개골 골절과 동맥 파열이 있을 만큼 그 타격의 정도가 상당하였던 점을

77) 대법원 1998. 6. 9. 선고 98도980 판결

불 때 “피고인에게는 미필적으로나마 피고인의 그와 같은 행위가 피해자의 생명을 빼앗게 될지도 모른다는 결과에 대한 인식이 있었다는 원심의 판단은 정당” 하다고 판시하였다.

4) 검토-판단 기준의 다각화

위 판결 또한 위 4. 가항의 ‘식도로 하복부를 찔러 사망하게 한 사건’과 마찬가지로 미필적 고의 판단 법리로 “인식”이라는 표현만을 사용하였다. 고의 판단 기준에 대하여는 전보다 다각화 하여 선행 다툼의 경위(이는 피해자의 도발이라는 유리한 양형요소로 참작되나 피고인이 살의를 품게 되었던 점을 증명하게 되어 버리는 양면성 또한 가지고 있다. 우발적 범행과 미필적 고의와의 관계는 아래 5. 다항 ‘도우미 폭행사망 후 토막매장 사건’에서 서술한다), 흉기의 종류, 상해 부위, 가해 정도를 골고루 고려하고 있다.

다. 울대뼈 가격 사건⁷⁸⁾

1) 사실관계

특전사 출신의 피고인이 피해자의 울대부분을 오른손 무지(엄지손가락)와 식지(둘째손가락)으로 쳐서 피해자가 그 자리에서 사망한 사건이다.

78) 대법원 2000. 8. 18. 선고 2000도2231 판결

2) 사건의 경과

이 사건은 검찰이 피고인을 주위적 죄명을 살인으로, 예비적 죄명을 상해치사로 기소하였던 사안으로, 범행 도구가 두 개의 손가락이라는 점에서 피고인과 변호인이 일관되게 살인의 고의가 없었음을 주장하였다(도구를 사용하지 않고 맨손으로 구타하는 경우 살인죄가 아닌 상해치사죄가 인정되는 경우가 많다. 검찰 또한 예비적 죄명을 이러한 이유에서 추가한 것으로 짐작된다).

3) 대법원의 판단

대법원은 ① 피고인이 특전사 소속 부대에서 13년간 하사관으로 복무하여 특공무술에 능하고 인간신체의 급소를 잘 아는 사람이고, ② 피고인이 피해자에게 채무가 있어 만남을 꺼려오던 중 약속장소에 나타나지 않은 피고인에게 화가 나 피해자가 피고인의 목, 얼굴 등을 핏고고 피고인의 고환을 잡고 늘어지는 등 피고인에게 화풀이를 하였으며 이런 상황이 계속되자 피고인이 피해자의 울대를 가격한 사실, ③ 피고인이 익일 피해자의 사체에서 옷을 벗기고 머리카락을 자른 다음 준비한 마대자루에 넣어 강물에 던져 유기한 사실에 비추어 “이 사건 범행이 사전에 치밀하게 계획된 살인범행은 아니라고 하더라도 적어도 이 사건 범행당시에는 피고인에게 순간적으로나마 피해자를 살해할 의사는 있었다고 인정되므로” 피고인에게 살인의 고의가 있다고 판단하였다.

4) 검토-판단 기준 중 범행 후의 행동의 문제

위 판결은 고의의 판단 근거로 도구 그 자체였던 피고인의 특성과 이 사건에 이르게 된 경위, 타격 부위 및 “범행 후에 있어서의 결과회피행동의 유무”를 고려하였다. 그러나 그 중 다음날에 이르러서야 사체를 유기한 점은 범인이 하루의 시간을 두고 숙고한 결과 내린 자기방어본능에 기한 범죄은닉이지 이로써 범행 당시의 살인의 고의 유무를 판단할 수 있는 근거라 하기는 어렵다고 생각된다.

범죄 행위 후의 행동으로 살인의 고의가 있었는지 여부를 판단하기 위해서는 적어도 시간의 근접성이 있거나, 범죄행위 당시의 의욕과 단절되지 않은 일련의 행위로 평가할 수 있는 작위, 부작위를 드는 것이 타당하다. 이 사건의 경우 위와 같이 시간적 단절이 있다고 평가될 수 있는 작위보다는, 울대뼈를 가격하는 행위를 하고 ‘피해자의 피해상태를 인식한 피고인이 그에 대해 아무런 조치를 취하지 않았다’는 부작위가 오히려 선행 공격의 고의 있음을 판단하는 근거가 될 수 있을 것이다.

라. 보복목적 하반신 공격하는데 동행한 사건⁷⁹⁾

1) 사실관계

79) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002도4089 판결

피고인 및 공범 A가 피해자의 하반신을 공격하여 불구로 만들어달라는 공소외 B의 교사를 받고 공범 A는 피해자의 집에 들어가 피해자의 허벅지와 종아리 부위 등을 20회 가량 찔러 과다실혈로 사망하게 하였고, 피고인은 일행을 지휘하는 역할로 참여하여 공범 A가 칼을 들고 피해자의 집으로 들어간 사실을 알았던 경우이다.

2) 사건의 경과

교사의 내용이 중상해였다는 점, 피고인이 직접 공격자가 아니라는 점에서 피고인은 살인에 대한 고의가 없었다고 주장하였으나 받아들여지지 않았다.

3) 대법원의 판단

대법원은 ① 치명적인 부위를 공격하지 않았다고 하더라도 그 횟수 등에 비추어 직접 행위자가 사망가능성을 인식하지 못하였다고 볼 수는 없고, 오히려 살인의 미필적 고의가 있었다고 볼 수 있을 뿐만 아니라, ② 범행장소에서 위 피고인들을 지휘하던 피고인으로서도 집단적인 보복을 할 목적으로 칼을 가지고 피해자의 집으로 들어간 직접행위자가 피해자를 살해할 수도 있다는 사실을 예견할 수 없었다고는 보이지 않는다고 판시하였다.

4) 검토-고의 범리상 용어의 혼란

위 대상 판결은 직접행위자, 공범 모두에게 미필적 고의를 인정하면서도 직접행위자에게는 “인식”, 공범에게는 “예견”이라는 표현을 써서 살인죄 미필적 고의 범리를 정립하는데 혼란을 주고 있다(공범이 직접 실행행위의 장면을 직접 오감을 통하여 경험하지는 못하였다는 점에서 오감의 작용을 통한 것이 아닌 예견이라는 표현을 사용한 것으로 짐작된다). 그러나 말 그대로 중한 결과를 예견할 수 있는 정도에 불과하다면 공범은 고의범이 아닌 결과적 가중범인 상해치사로 의율하여야 한다.

이 사건의 원심 판결⁸⁰⁾은 “형법상 범의가 있다 함은 자기가 의도한 바 행위에 의하여 범죄사실이 발생할 것을 인식하면서 그 행위를 감행하거나 하려고 하면 족하고, 그 결과 발생을 희망함은 필요하지 아니한데(대법원 1987. 10. 13. 선고 87도1240 판결, 1956. 11. 30. 선고 4289형상217 판결 등 참조),” 라는 범리를 사용하여 ① 피고인과 공범A 등이 회칼을 미리 준비하여, ② 범행 현장인 피해자의 집 앞 마당에서 피해자를 결박한 다음, 피해자의 종아리 부위를 20여회나 찔러, ③ 피해자의 양측 종아리 후경골 동맥이 절단되어 급격한 출혈로 사망에 이르게 한 점 등에 따르면, 일반 상식을 가진 사람이라면 누구나 그곳으로 구급차를 불러 병원으로 후송하는 동안 출혈과다로 사망에 이를 수도 있다는 인식을 갖기에 충분하고, 피고인들 역시 그러한 점을 인식하면서 위와 같은 행위를 분담하여 감행한 점을 인정할 수 있다고 판시하였던 바, 대법원이 사용한 범리상 문구의 혼란에도 불구하고 구체적 사실 판단에 따른 결과 자체는 타당하다고 생각된다.

80) 서울고등법원 2002. 7. 12. 선고 2002노735 판결

마. 음주단속 경찰관을 매달고 운전한 사건⁸¹⁾

1) 사실관계

음주단속을 피하려던 피고인이 경찰인 피해자가 문을 잡고 있음에도 차량을 출발시켜 피해자가 매달린 상태에서 정지요구를 무시하고 속도를 높이고 지그재그로 운전하여 피해자가 자동차와 중앙분리대 사이에 끼인 상태에서 짓이겨지게 함으로써 그 충격으로 피해자를 사망에 이르게 한 사건이다.

2) 사건의 경과

대개 음주단속을 피하기 위해 운전을 제지하는 경찰관을 매달고 운전하는 유사사안에서는 업무상과실치사죄로 의율하나, 이 사건은 이례적으로 살인죄와 특수공무방해치사죄의 상상적 경합으로 기소되었고 법원에서 모두 유죄로 인정되었다.

3) 법원의 판단

법원은 ① 피고인이 피해자의 저지에도 불구하고 급가속으로 차를 출발하였고, ② 피해자의 차를 세우라는 외침에도 멈추지 않고 지그재그로

81) 수원지방법원 2006. 6. 2. 선고 2006고합1 판결

진행하였고, ③ 추월을 위하여 차로를 변경하였으며, ④ 그 과정에서 중앙분리대를 들이받기도 하였던 점, ⑤ 음주운전 단속지점에서 사고지점까지의 거리는 약 1.5km 정도이고, 피고인 차의 최고 속도는 시속 약 120km 정도에 이르렀던 사실을 증거에 의하여 인정한 후, “사람이 자동차의 문에 매달린 상태에서 차의 속도가 시속 약 120km 정도에 이를 경우 붙잡은 손을 놓칠 개연성이 매우 높고, 이 경우 판시와 같이 아스팔트 도로에 그대로 떨어지는 것만으로 사망할 가능성이 있고, 차의 뒷바퀴에 역과되어 사망할 가능성도 있으며, 이 사건에서와 같이 지하차도나 도로의 중앙분리대에 근접하여 운전할 경우 중앙분리대에 충돌하여 사망할 가능성도 있다고 보이는 점과 차에서 떨어져 뒤따르는 차에 충격되어 사망할 가능성도 있는 점, 피고인은 차에 매달린 피해자를 차에서 떨어뜨리려고 하였던 점에 비추어 보면, 당시 피고인에게 미필적으로나마 살해의 고의가 있었다고 봄이 상당하다.” 고 판시하였다.

4) 검토-가능성, 개연성 등의 표현을 사용

위 판례는 “인식”이나 “의사” 등의 전형적 미필적 고의 법리 표현이 아닌 객관적 사실에서 파생되는 사망의 “가능성”, “개연성”이라는 기준으로 미필적 고의를 인정하였다는 점이 특이하다. 미필적 고의는 법에 규정된 용어가 아니라는 점에서 판례에서 사용하는 법리의 용어 통일 이 필요한 부분이다. 이와 같이 하급심 판례에서는 미필적 고의 법리에 대한 대법원의 주류적 표현인 “인식 또는 예견”이 아닌 표현을 최근까지도 사용하는 경향이 보인다.

이 사건은 피고인이 피해자를 향하여 공격을 한 것은 아니라는 점에서,

피고인의 행위가 자신을 체포하려는 피해자로부터 벗어나려는 소극적인 행동이었는지 아니면 그 범위를 넘어선 살인의 고의로 행위한 것인지에 대한 다툼이 치열했던 것 같다. 판례는 피고인의 구체적인 행위를 객관적으로 살피기는 하였으나, 행위 의사에 대한 별도의 검토가 없다는 점에서 규범적 의미에서의 아쉬움이 있다.

바. 횡감에 사람을 차로 친 사건⁸²⁾

1) 사실관계

피고인이 운전 중 다른 차량 운전자인 피해자와 시비가 붙어 길에 나와서 있던 피해자를 향해 차량을 돌진한 사건이다.

2) 사건의 경과

사망의 결과는 발생하지 않아 피고인은 살인미수로 기소되었으나, 이에 대하여 피고인과 변호인은 “혼나 보라”는 의도, 즉 상해의 고의만 있었다고 주장하였다. 이는 받아들여지지 않고 1, 2심 모두 살인미수죄로 판단되었다.

82) 서울고등법원 2016. 3. 4. 선고 2015노3544 판결

3) 법원의 판단

법원은 ① 이 사건 당시 피고인은 피해자가 자신 앞에서 급정거를 하였다는 이유로 피해자와 시비가 붙어 화가 난 상태였고, 이에 자신의 차량에서 내려 피해자의 차량 바퀴를 발로 차는 등으로 피해자에게 거세게 항의했던 경위, ② 피고인이 피해자를 충격하는데 이용한 카렌스 차량이 미니밴 형태의 중형급 승용차인 점, ③ 블랙박스 영상에 의하면 피고인이 상당히 빠른 속도로 피해자를 들이받고 나서야 차량을 정차한 점, ④ 이로 인해 피해자가 전치 8주의 상해를 입은 점, ⑤ 피고인의 진술로 수사기관에서의 조사에서 “차량으로 사람을 충격하면 다친다는 사실은 정신이 멀쩡한 일반인이면 다 알고 있는 사실 아닌가”, “이 사건 당시 가속페달을 세게 밟았던 것 같다”, “순간적으로 욕 해서 들이받았다”고 진술하였고(수사기록 13면), 검찰 조사과정에서도 ‘피해자가 자신의 승용차를 2차로에 정차한 다음 차에서 내려 저의 승용차 쪽으로 걸어왔는데 순간적으로 욕하는 마음에 그대로 승용차를 급발진하여 피해자를 친 것이다. 당시 엑셀을 세게 밟았던 것 같고 속으로 “이 개새끼 너 한번 좇되봐라”라는 생각을 하였다고 진술하였고, ⑥ ‘승용차를 급발진하면서 고의로 피해자를 충격할 경우 잘못되면 피해자가 크게 다치거나 심하면 사망할 수도 있겠다는 생각을 하였을 것 같은데 어떤지’를 묻는 검사의 질문에 ‘조금은 그러한 생각을 하기도 하였다’고 진술하였다. 이러한 피고인의 진술에 비추어 보면 피고인은 이 사건 범행 당시 자신의 차량으로 피해자를 강하게 충격한다는 의도를 분명히 가지고 있었던 것으로 보인다고 판시하였다.

4) 검토-피고인의 진술에 의존한 판결의 문제점

위 판결에서도 법원은 사건에 이른 경위, 사용된 도구와 가해 정도를 객관적 사정에 의하여 판단하였으나, 피고인이 살인의 고의를 부정함에 도, 수사기관이 피고인에게 한 사망가능성을 예견했냐는 질문에 대한 긍정적 답변을 판결문에 상세히 기재하여 살인의 고의를 인정한 점은 아래와 같은 점에서 타당하지 않다고 생각한다.

첫째, 수사기관의 질문은 고의가 있음을 유도하는 방향으로 형성되어 있으며, 사실관계에 대한 것이 아닌 의견을 묻는 경우가 많다. 즉, “이와 같은 행위를 하면 사망의 결과가 발생할 것이라는 생각을 하였는지?”가 아닌 “이와 같은 행위를 하면 사망의 결과가 발생할 수 있을 것 같은데 어떻게 생각하는지?”의 형태로 묻는 것이다.

둘째, 현재의 판단이 아닌 사건 당시의 판단을 묻는다는 점을 정확히 지정하지 않아 피고인으로 하여금 “이제 와서 생각해보니 그럴수도 있겠다”는 뜻의 대답을 이끌어 낸 후 그것을 행위 당시에 사망가능성에 대해 고려를 했다는 답변으로 피의자 신문조서에 기재하여 피고인에게 불리한 증거로 사용될 수 있기 때문이다.

셋째, 시간이 경과한 시점에 타인에 대한 생명침해 행위를 하는 도중의 자신의 생각과 감정을 정확히 기억해 내어 말로 진술하기란 힘들며, 설사 그것이 말로 진술되었다 하더라도 수사기관 및 재판과정에서의 체념 등의 다른 감정이 개입되어 당시의 의사가 정확히 반영된 진술이라고 보기 어렵기 때문이다.

이러한 문제점이 있어 최근에는 아래 ‘시비거는 사람을 낚시칼로 찌른 사건’, ‘윤일병 사망사건’과 같이 미필적 고의를 판단시 피고인의 진술을 고려하지 않겠다는 점을 명시적으로 선언한 판례가 등장하고 있다.

5. 살인인지 치사(致死)인지 여부가 문제된 판례

아래의 판례들은 본격적으로 판단기관간의 고의에 대한 결론이 달라진 경우로, 각자의 법리와 판단기준을 비교해 볼 가치가 있다.

가. 음주단속 경찰관을 오토바이로 친 사건⁸³⁾

1) 사실관계

피고인이 교통경찰관인 피해자의 단속을 면할 의도로 피해자에게 위협을 가하기 위하여 오토바이의 속도를 줄이지 아니한 채 그대로 위 피해자를 향하여 돌진하다가 오토바이 앞부분으로 피해자의 복부를 들이받아 피해자를 사망하게 한 사건이다.

2) 사건의 경과

검사는 피고인을 주위적 죄명 살인, 예비적 죄명 특수공무집행방해치사로 기소하였으나, 법원은 피고인에게 살인의 고의가 없었다는 이유로 특수공무집행방해치사죄만 인정하였다.

83) 대전지방법원 홍성지원 1997. 11. 14. 선고 97고합63 판결

3) 법원의 판단

피고인은 검찰에서 위 오토바이를 시속 90km로 달리다가 사람을 충격하면 사람이 죽을 수도 있다는 생각을 가졌으나 진행하여 오던 속도 그대로 진행하면 위 피해자가 겁을 먹고 피할 것으로 생각하고 위 오토바이의 속도를 감속하지 아니하고 달리다가 위 오토바이로 위 피해자를 충격하여 사망하게 하였다는 요지로 진술하였는데, 피고인의 위와 같은 진술은 ① 오토바이로 피해자를 충격하기 직전 피고인이 위 오토바이의 핸들을 급히 우측으로 틀어 위 피해자와의 충돌을 피하려 하였던 점(실황조사서의 기재, 이로 인해 위 오토바이는 충돌 직후 도로 우측으로 이탈하여 충격지점에서 약 40m 정도 떨어진 농수로에 전복), ② 이로 인하여 피고인도 7주간의 치료를 요하는 뇌좌상 등의 중상을 입고 의식을 상실하여 병원으로 후송되었던 점 등에 비추어, 피고인의 위 말은 “피고인이 이 사건 범행 당시 위 피해자의 사망을 예견하고도 이를 용인 내지 묵인할 의사로 위 피해자를 향하여 위 오토바이를 몰았다고 단정할 만한 증거가 될 수 없다.”고 판시하였다.

또한 검사 작성의 피의자신문조서에 피고인이 위 피해자를 살해하였다고 진술함으로써 살해의 범의를 자백한 것처럼 표현되어 있는 부분에 관하여는 “그 이후 계속된 피고인의 진술이나 앞서 본 바와 같은 범행전후의 정황 등에 비추어 그와 같은 표현은 피고인의 행위로 인하여 위 피해자가 사망한 것이 사실이므로 그것이 살인죄가 될지도 모른다는 법리 오해에서 단순히 위 오토바이로 위 피해자를 충격하여 사망케 하였다는 형식적 외관에 대한 자백을 한다는 것이 그렇게 표현된 것으로 보이므로, 위와 같은 진술기재만으로는 피고인의 이 사건 범의를 인정하기 부

죽하다.” 고 판시하였다.

4) 검토-객관적 상황에 반하는 피고인의 인정진술 배척

법원은 이 사건에서 객관적 사실관계를 확정 한 후, 피고인이 피해자를 살해할 의사가 있었는지에 관한 피고인의 부인 진술의 신빙성을 객관적 증거 검토를 통하여 인정하고, 피고인의 자백 진술처럼 보이는 수사기관에서의 진술을 그 표현의 경위 등을 고려하여 배척하여 살인죄의 고의를 부정하였다. 이와 같은 판례의 태도는 주관적 구성요건요소에 대한 피고인의 자백 진술이라 할지라도, 피고인의 실행행위 당시의 내심을 돌이켜 진술하는 것은 하나의 간접증거에 불과하며, 따라서 다른 보다 확실한 간접증거들에 의하여 배척될 수 있는 것일 뿐이라는 점을 보여주었다는 면에서 긍정적이다.

나. 승용차 후진하여 대리기사를 치고 떠난 사건⁸⁴⁾

1) 사실관계

대리기사인 피해자가 차주인 피고인으로부터 폭행을 당하자 경찰에 피고인을 신고하고 차량 후방으로 진행하는 것을 피고인이 50m 후진하여

84) 대법원 2011. 11. 29. 선고 2011도7925 판결

차량으로 치어 사망하게 한 사건 이다.

2) 사건의 경과

이에 대해 검찰은 피고인을 살인으로 기소하였으나 1, 2심에서 특가법 위반(도주차량)만 인정되었고 대법원에 와서 살인죄 인정취지로 파기환송 되었다.

3) 법원의 판단

원심⁸⁵⁾은 피고인이 “여러 정황상 일부러 차를 후진시킨 것 같기는 하나 왜 그랬는지는 술에 취하여 전혀 기억나지 않는다”고 수사단계에서부터 일관되게 진술하는데 반하여, 피고인이 살인의 고의로 후진을 하여 피해자를 사망케 하였다는 점에 대한 직접 증거는 동행자로 당시 차에서 내린 상태였던 공소의 A가 한 “피고인이 화가 많이 나서 피해자를 죽이려고 차량을 후진하였을 수도 있다고 생각한다. 완전히 다른 사람처럼 보일 정도였다.”는 진술뿐이나, A의 진술이 일관되지 않고 객관적인 증거에 반하여 신빙성이 떨어지므로 그 진술 전체를 배척하여 피고인에게 살인의 고의를 인정하지 않았다.

대법원은 원심과 판단을 달리하여 A의 진술 중 일관된 부분인 술에 취한 피고인이 피해자를 때렸고 피해자의 하차 이후에도 계속 달려드는 것

85) 서울고등법원 2011. 6. 10. 선고 2011노64 판결

을 A가 말렸고 동료인 공소의 을과 위 내용으로 전화통화를 하기도 하였던 점, A가 피고인을 달래 차에 태워두고 피해자와 함께 다른 차를 타고 가려고 길을 걷다가 갑자기 붉은 빛이 보이고 정신을 잃었던 점까지는 증거로 삼는 것이 타당하며, 위 진술 및 피고인이 후진하여 피해자 및 옹벽과 부딪혀 뒷유리가 파손되었음에도 이를 신고하지 않고 차량을 운전하여 교통사고를 두 건이나 일으키고 3시간 30분이 경과해서야 귀가한 점을 보면 여전히 피고인은 피해자에게 적의를 품고 있었던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, “피고인이 범행 당시 반드시 피해자를 살해할 목적이나 계획적으로 피해자를 살해할 의도를 가지고 있었다고 단정할 수는 없다고 하더라도, 적어도 이 사건 승용차로 피해자를 강하게 충격하여 피해자로 하여금 이 사건 승용차와 가드레일 사이에 끼이게 하려는 의도는 가지고 있었다고 볼 것인데, 피고인은 그와 같은 행위로 인하여 피해자의 사망이라는 결과를 발생시킬 만한 가능 또는 위험이 있음을 미필적으로나마 인식하거나 예견하였다고 볼 수 있으므로, 범행 당시 피고인에게는 피해자에 대한 살인의 미필적 고의가 있었다고 볼 것이다.” 라고 판시하였다.

4) 검토-고의 판단의 단계를 명확히 표현

1, 2심과 대법원간의 결론 차이는 중요증거의 취사에 따라 달라진 사안이다. 다만, 대법원이 설시한 피고인의 살인의 고의 인정에 관한 판단 과정은 ① 목적이나 계획에 의한 살해의도는 아님→② 적어도 피해자를 승용차와 가드레일 사이에 끼이게 하려는 의도→③ ②의 의도가 있는 것으로 볼 때 피해자의 사망결과 발생시킬만한 가능 또는 위험을 미필적으로

로나마 인식하거나 예견하였다고 볼 수 있음의 단계로 나아가는 모습을 볼 수 있다. 즉 확정적 고의가 인정되지 않을 경우(①) 보충적으로 미필적 고의를 검토하는 단계로 나아가는데(②), 그 미필적 고의는 피고인이 자신의 행위와 행위가 야기할 위험성을 인식하였는지 여부를 판단(③)함으로써 인정한다는 절차를 명시적으로 보여주고 있다.

다만, 미필적 인식 또는 예견만으로 구성요건적 결과 실현 의사에 대한 명시적 판단 없이 미필적 고의를 인정하는 듯한 표현은 바람직하다고 보기 어렵다.

다. 도우미 폭행 사망 후 토막매장사건⁸⁶⁾

1) 사실관계

피고인이 방바닥에 누워 있던 출장 성매매여성인 피해자와 성관계를 하려다가 자신이 생각했던 것보다 피해자의 나이가 많을 뿐만 아니라 터무니없이 화대를 비싸게 요구한다는 이유로 피해자를 때려 뒷머리를 부딪치게 한 후 계속 때려 사망에 이르게 한 후 토막내어 매장하였다.

86) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도9867 판결

2) 사건의 경과

살인죄로 기소되었던 이 사건은 피고인과 피해자 단 둘이 있을 때 발생 한데다가 피고인이 사체를 훼손하여 은닉하였고 사건 발생 후 한참의 시간이 흐른 뒤 발각되어 다른 물적 증거가 없던 바, 전적으로 피고인의 진술로 추론한 사실에 의하여 판단되었다는 특징이 있으며, 살인의 고의는 인정되지 않았다.

3) 법원의 판단⁸⁷⁾

피고인은 상해의 고의를 부인하면서도 ① 범행 당시 피해자와 화대 액수 등으로 다투던 중 피해자가 피고인에게 욕설을 하면서 일어나려고 하자, 오른손 주먹으로 피해자의 얼굴 부분을 힘껏 때렸고, 이에 피해자가 뒤로 넘어지면서 머리 뒷부분을 방바닥에 심하게 부딪히자, 피해자의 몸에 올라타 양손 주먹으로 피해자의 얼굴 부분을 수차례 때려 피해자가 그 자리에서 사망하게 된 사실 및 ② 피고인이 피해자가 사망한 직후 사체를 토막 내 은닉한 객관적 구성요건요소에 해당하는 사실을 진술하였다.

그러나 법원은 ① 피고인의 일관된 부인진술, ② 피고인이 피해자를 만나게 된 경위나 다투게 된 경위에 비추어 피고인이 처음 본 피해자를 죽일 만한 동기를 찾기가 어렵고, 더욱이 사람들의 출입이 잦은 모텔의 방실에서 피해자를 죽이려고 하였다는 것은 납득하기가 어려운 점, ③ 피

87) 서울고등법원 2008. 10. 17. 선고 2008노1708 판결, 대법원은 해당 부분 원심 인용

고인이 흉기가 아닌 주먹을 사용한 것은 일반적으로 사망의 결과를 발생시킬 만한 가능성 또는 위험을 내포하고 있는 것으로 보기는 어려운 점, ④ 피고인의 가해횟수를 특정하기 힘들어 어떻게 피해자가 사망하였는지를 확정할 수 없는 점에 더하여 피해자가 피고인의 첫 번째 타격으로 뒷머리를 방바닥에 세게 부딪히면서 사망하였을 가능성도 배제할 수는 없는 점 등을 감안하면, “피고인이 피해자와 화대 액수에 관하여 다투는 과정에서 격분하여 우발적으로 피해자를 때리다 사망에 이르게 한 것으로 보이고 피고인에게 미필적으로라도 살인의 고의가 있었다고 단정하기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.”고 판시하였다.

4) 검토-우발적 범행과 미필적 고의의 관계

검사는 피고인의 상해행위, 피고인이 격분하였던 상황, 단 둘이 있는 상황에서 다른 사망의 원인이 개입되기 힘든 점, 사후 잔혹한 방법으로 사체를 처리한 점을 근거로 살인죄로 기소한 것으로 보이나, 법원의 판시와 같이 특별한 도구를 사용한 증거가 없고, 격분하였다는 사실이 곧 살인의 고의로 이어진다고 보기 어려우며, 타격의 횟수 또한 사망하게 할 정도였는지 증명되지 않았다는 점을 들어 살인죄의 고의를 인정하지 않았고, 이 결론은 타당하다.

다만, 원심 판례의 표현이기는 하나, “격분하여 우발적으로 “피해자를 때리다가 사망에 이르게 한 것으로 판단하여 미필적 고의를 인정하기 어렵다는 표현은 정확한 말의 쓰임이라고 보기 어렵다.

양형기준표에는 특별양형인자 중 감경요소로 “미필적 살인의 고의”가 존재하고, 가중요소로는 “계획적 살인 범행”이 존재한다.⁸⁸⁾ 이를 통해

흔히 양자가 대척점에 서 있는 것으로 생각하고 표현하는 경우가 있는데 엄격히 말하면 미필적 고의의 대척점에는 “확정적 고의”가 있으며, 계획적 범행의 대척점에는 “우발적 범행”이 있다고 보는 것이 맞다. 그리고 계획적 범행 및 우발적 범행은 범의의 발생이 범죄행위의 실시와 얼마나 근접해 있느냐의 차이만 있을 뿐 양자 모두 확정적 고의 내에 포함되어 있는 것이라고 봄이 타당하다. 그런 의미에서 “우발적 범행이기 때문에 미필적 고의를 인정하기 어렵다”는 판례의 표현은 부정확하다.

라. 울산계모사건⁸⁹⁾

1) 사실관계

피고인이 피해자의 친부와 동거생활을 하면서 피해자(7세)를 양육하여 오며 피해자에게 폭력을 지속적으로 행하여 오던 중, 이 사건 당일 피해자가 현금 2,300원을 훔치고도 거짓말을 한다는 이유로 35분 동안 주먹으로 피해자의 머리, 발로 피해자의 양쪽 옆구리, 배 부위 등 전신을 닥치는 대로 때린 후, 30분 뒤 피해자가 소풍을 가고 싶다고 하자 반성하지 않는다는 이유로 추가로 20분간 무차별적으로 때려 한 시간 가량 뒤 다발성 늑골골절로 인한 양 폐 파열로 사망하게 한 사건이다.

88) 양형위원회, 앞의 책, p.2.

89) 부산고등법원 2014. 10. 16. 선고 2014노264, 2014전노23(병합) 판결

2) 사건의 경과

검사는 피고인을 살인죄로 기소하였으나 1심에서 상해치사죄가 인정되었고(그럼에도 선고형은 징역 15년으로 상당히 높은 편이었다), 2심에서는 살인죄가 인정되었다(징역 18년이 선고되었다). 잔혹한 아동학대로 사망의 결과를 불러일으킨 본 사건은 가정 내에서의 아동에 대한 폭력에 사회적 관심이 높아지는 계기가 되었다.

3) 법원의 판단

1심 법원은 피고인의 진술(가해자의 진술임을 감안한다는 점을 명시적으로 설시)과 범죄현장의 상태 및 피해자의 객관적인 상태를 근거로 ① 피고인이 일관되게 살인의 고의를 부인하였고, ② 평소 훈육이라는 명목으로 지속적으로 폭력을 행사해 왔으며 이 사건 당일도 다르지 않아 A 자기 살해의 고의가 생겼다고 볼 만한 정황도 없는 점, ③ 이 사건 장소는 피고인의 주거로 마음만 먹으면 위험한 물건을 사용할 수 있었음에도 이를 사용하지 않은 점, ④ 폭행이 몸통 측면부위에 집중된 것으로 보아 치명상을 입을 수 있는 부위는 구분하여 때렸을 것으로 보이는 점, ⑤ 외관상 피고인이 피해자를 폭행할 당시 출혈이나 호흡곤란이 있었다고 볼만한 사정이 없고 피고인이 피해자의 사망의 원인인 폐가 파열되는 사망의 가능성은 인식하지 못하였을 가능성이 있고, ⑥ 피고인이 일관되게 진술하는 바와 같이 폭행 종료 한 시간 후 피해자가 욕조에 누워있는 것을 발견하고 119신고를 하고 응급조치를 한 정황에 비추어 보면 살인의 고의를 가지고 행위한 자의 조치로 보이지 않는 점 등을 종합하여 보면

“피고인이 자신의 행위로 말미암아 피해자가 상당한 정도의 상해를 입을 수 있음을 인식하였다고 인정되지만, 더 나아가 피해자를 살해하려는 확정적 또는 미필적 고의가 있었음이 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.” 고 판시하여 상해치사죄만을 인정하였다.

그러나 2심법원은 피고인의 진술, 피해자의 사체 부검결과, 이 사건 폭행 이전의 피고인과 피해자의 관계, 이 사건 폭행 당시 피고인의 인식 및 내면의 의사를 추단한 수 있는 여러 사정 등을 종합하여 보면, ① 피고인이 피해자의 옆구리에 가한 집중적인 공격이 사망 원인이 되었고, ② 피해자가 욕실에 들어간지 1시간이 지나도 나오지 않아 들어가 보았더니 욕조에 기절하듯 누워있었고, 당시 아직 사망하지 않았으나 입술이 파래지면서 눈이 부어오르는 등 이상반응을 보임에도 20여 분 간 스스로 응급조치를 취한 후 119에 신고하였다고 진술하나, 욕실에서 광범위한 지워진 혈흔 반응이 나온 것에 비추어 보면 피해자가 아직 생존하였을 때 지체한 시간동안 피해자를 소생시키려는 시도를 하였다는 피고인의 진술은 믿기 어려우며, ③ 피고인이 피해자를 양육한 이래 끓는 물을 붓는 등의 가혹한 방법으로 학대해왔고, 이 사건으로 유연하여 잘 부러지지 않는 어린이의 늑골이 16개가 부러질 정도의 폭행을 가하였으며, 피고인의 진술에 의하더라도 2차 폭행 도중 피해자의 얼굴에 핏기가 없고 창백한 모습의 변화가 있었음에도 계속 폭행을 가한 사실 등이 인정되며 어른의 몸은 어린이에게 흉기와 다를 바 아니고 공격의 지속시간도 길었던 점을 더해보면 “피고인이 이 사건 폭행과정에서 피해자의 사망이라는 결과 발생을 충분히 인식 또는 예견하였고, 나아가 미필적으로나 마 그 결과 발생을 용인하였다고 넉넉히 인정된다.” 고 판시하였다.

4) 검토-지속적 폭력이 사건 당시 고의 판단에 미치는 영향

이 사건의 특징은 생명침해의 결과의 직접 원인이 되는 사건 당일의 폭행을 살인의 실행행위로 장기간 이어져 온 폭력의 연장선상에서 어떻게 평가할지 고려하여야 한다는 점에 있다. 이후 검토할 ‘자녀를 목검으로 구타한 사건’과 ‘윤일병 사망사건’의 1심에서도 반복되는 논리이지만, 이 사건 1심에서는 평소 훈육이라는 명목으로 지속적으로 폭력을 행사해 왔으며 이 사건 당일도 다르지 않아 갑자기 살해의 고의가 생겼다고 볼 만한 정황도 없는 점, 즉 지속적 폭력이 사건 당일의 살해의 고의를 부정하는 요소가 되어버렸다.

범죄일시와 행위를 특정하여 기소하고 판단대상으로 삼는 점에서 그 당시의 살인의 고의를 판단하여야 한다는 점은 인정한다. 그러나 당시의 우발적 살인 고의로 단시간에 목숨을 끊는 방법으로 사람을 살해한 경우보다 이와 같이 장시간 폭력과 인격을 짓밟는 행위가 수반된 행위가 이어진 결과로 사망에 이르게 하는 것 중 어떤 것에 더 큰 행위반가치가 있다고 평가되어야 하는지 생각해 볼 문제이다.

또한 위 법원의 판단 1심 판단근거의 ②와 같은 ‘피고인이 피해자의 사망을 의욕하였는지’가 인정되기는 어려운 이와 같은 사안, 피고인과 피해자의 인적관계 상 피해자가 사망할 경우 피고인이 그 결과를 은폐하거나 현장에서 종적을 감추기 어렵고 피고인의 다른 사회적 관계에 치명적인 영향을 미치는 경우에서 살인의 미필적 고의를 판단할 때 결과에 대한 문언적 의미의 ‘용인’ 설의 단점이 도드라지게 드러난다. 이는 아래 ‘자녀를 목검으로 구타한 사건’ 및 ‘윤일병 사망사건’에서도 중요한 판단대상이 되었던 부분이다.

마. 자녀를 목검으로 구타한 사건⁹⁰⁾

1) 사실관계

아버지인 피고인이 집에서 자신의 딸인 피해자(14세)에게 “아버지가 교제하는 사람을 받아들인 생각이 없느냐”는 취지로 물었으나 “그런 생각이 없다”는 답변을 듣고 격분하여 길이 1m의 목검을 꺼내어와 1시간 반 가량 피해자의 엉덩이, 종아리, 허벅지 등 하체부위를 30회 때리고 손바닥으로 피해자의 얼굴 등을 때리고 주먹과 발로 피해자의 몸을 때려 광범위한 멍이 들게 하여 피해자의 체내순환 혈액량 감소로 속발성 쇼크로 사망하게 한 사건이다.

2) 사건의 경과

이 사건은 검찰이 살인으로 기소한 사건을 법원에서 1, 2심 모두 살인의 고의가 없다고 판단하였다.

3) 법원의 판단

① 피고인이 일관되게 살인의 고의를 부인하고 있는 점, ② 피고인은 두 번에 걸쳐 이혼하고 딸과 주로 떨어져 살다가 최근 모처럼 한 가정을

90) 대전고등법원 2014. 12. 5. 선고 2014노286 판결

이루어 생활하게 되었는데, 피고인과 이 모 여인이 가까워지자 피해자들의 교제에 반대하면서 발톱을 뽑고 옷을 입은 채로 대변을 보거나 자살을 시도하고 가출을 하는 등의 이상행동을 보이기 시작하였던 점, ③ 그럼에도 피고인은 정신과 치료병력이 남을 것을 염려하여 목검 등을 이용한 체벌로서 피해자를 설득해 보려 하였는데, 사건 당일에도 가출하였다가 찾아 데리고 온 피해자를 설득하다가 피해자가 피고인과의 관계에 대하여 집착양상을 보이며 말을 듣지 않자 평소와 다르지 않게 목검 등으로 피해자를 때리기 시작한 점, ④ 피고인이 피해자를 목검으로 때린 부위는 엉덩이, 허벅지, 종아리 등이고, 사건 당일 피해자 뿐만 아닌 다른 자녀들도 목검으로 30회 정도 때린 점, ⑤ 부검의는 주로 하체나 팔 부위의 피하지방조직 좌멸이나 피하출혈, 근육간출혈로 체내 순환혈액량이 감소하면서 속발성 쇼크가 유발되어 사망한 것으로 감정하고 있는데, 엉덩이 등 부위의 구타에 의한 구체적인 사망의 경로를 통상인이 쉽게 인식하기는 어려운 점, ⑥ 피고인은 피해자가 화장실 바닥에 쓰러져 있는 것을 보고 인공호흡을 시도하여 호흡이 안정되자 피해자의 옆에서 잠시 잠이 들었고, 피해자의 상태가 다시 나빠지자 피해자를 응급실로 데려가는 등 나름대로 구호조치를 취한 점을 고려하면 사건 당일의 구타도 종전과 같은 설득과 훈육의 연장선상에 있는 것으로서 피고인이 피해자를 때리는 것을 넘어서 피해자를 살해할 마음을 먹었다고 보기는 어렵다 (피고인이 폭행 정도를 다소 축소하여 진술하거나, 피해자가 계단에서 넘어졌다고 하면서 이 때문에 피해자가 사망하였다고 변소한 바 있는데, 이는 자신이 피해자를 살해한 것은 아니라는 피고인의 생각을 드러내는 것으로 평가하였다).

4) 검토

이 무렵 어린 자녀에 대한 학대 끝에 자녀가 사망하는 사건이 연달아 벌어지며 여론의 주목을 받고 있었던 바, 2심 판결은 각주를 할애하여 ‘최근 지속적인 아동학대 및 살인 등으로 이 사건 보다 중형을 선고받은 다른 사건의 경우’와 이 사건 간의 차이를 다시 한 번 강조하였다. 이는 그만큼 살인의 고의 불인정에 고심하였다는 뜻이 될 것이다.⁹¹⁾

91) 이 사건 각주 1) 피고인 및 변호인은 항소이유서에서 상해치사의 점에 관하여 사망의 결과에 대한 인과관계 또는 예견가능성이 없었다고 주장하다가 당심 제1회 공판기일에 위 주장을 철회하였으나 다시 재판부에서 직권으로라도 이에 대한 판단을 하여 줄 것을 구하고 있다. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장은 적법한 항소이유로 삼을 수 없으나, 직권으로 살펴보다라도 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 피고인이 피해자를 목검 등으로 1시간 30분가량 피해자를 구타한 사실, 목검으로 구타한 횟수가 30회에 달하고, 그 과정에서 주먹과 발로 피해자를 여러 차례 폭행하기도 한 사실, 피해자는 전신의 타박상으로 순환혈액량이 모자랄 정도로 다량의 피하출혈이 발생하여 사망한 사실을 인정할 수 있고, 이에 따르면 피고인의 상해행위와 피해자의 사망 사이의 상당인과관계 및 사망의 결과에 대한 예견가능성도 인정할 수 있다.

2) 최근 지속적인 아동학대 및 살인 등으로 이 사건보다 중형을 선고받은 다른 사건의 경우, ① 가해자가 피해자에게 그 나이대에 맞지 않는 비정상적인 엄격한 잣대를 들이대며 이를 지킬 것을 강요하는 한편, 피해자가 자신이 정한 기준에서 조금이라도 어긋나게 되면 극도의 분노를 표출하며 폭언과 폭행을 일삼고 피해자를 학대하여 온 점, ② 그 학대의 정도도 유치원 또는 초등학교 저학년인 아이를 마구 때려 전신에 심한 멍이 들게 하거나, 골절상을 가하고, 화상을 입히는 등으로 그 방법이 매우 잔인하고 학대의 정도가 매우 심각한 점, ③ 체벌을 위해 다량의 회초리를 구입하였던 점, ④ 피해자는 가해자의 지속적인 폭행·학대가 있음에도 보복이 두려워 주위 사람들에게 어떠한 도움도 요청하지 못한 채 가해자의 말에 순종하며 위축된 생활을 해온 점, ⑤ 가해자가 자신의 스트레스와 울분을 표출하고 해소하는 방편으로 피해자를 지속적으로 잔혹하게 폭행해 온 점, ⑥ 사소한 사건을 빌미로 무자비한 폭력을 가하여 어린 피해자의 생명을 빼앗기에 이른 점 등을 그 양형사유로 삼고 있다. 그러나 이 사건은 피고인이 평소 피해자를 다른 자식들과 마찬가지로 사랑하고 보살피 왔으며, 피해자를 폭행하거나 학대해 온 것으로는 보이지 않는 점, 피해자가 피고인을 두려워하여 위축되거나 순종한 것이 아니라 오히려 피고인에게 집착하며 반항하여 온 점, 피고인은 피해자의 가출과 이상행동 등으로 고민하며 가족들과 상의하기도 하였고 나름대로 문제를 해결하려 하였고 피해자에 대하여 악의적인 감정을 갖고 있지는 않았던 것으로 보여 위 사안과 구별되는 차이점이 있다.

바. 여자친구 얼굴을 건어찬 사건⁹²⁾

1) 사실관계

피고인은 약 5개월 동안 사귀던 여자 친구인 피해자와 단둘이 밤을 보내고자 하였으나 피해자가 피고인과 상의 없이 부산에 있는 친구 2명을 부른 것 때문에 마음이 상해 있었고, 장시간 기다렸으나 친구들이 도착하지도 않아 피해자와 말다툼을 하던 중 피고인이 휴대폰으로 피해자의 얼굴을 찼는데 피해자도 똑같이 휴대폰을 들고 피고인의 얼굴을 찼다는 이유로 피고인이 극도로 흥분하여 피해자를 구타하고 특히 얼굴을 수 차례 세게 발로 차 피해자에게 치료일수를 알 수 없는 외상성 뇌지주막하출혈상 등을 가하여 다음 날 밤 피해자가 중증 뇌부종으로 사망한 사안이다.

2) 사건의 경과

이 사건은 검사가 상해치사로 기소한 경우로, 법원이 피고인에게 그보다 더 중한 주관적 인식이 있다는 심증을 가졌으나 공소제기된 범위에 한하여 판단하여야 하는 한계로 인해 살인죄로 의율하지 못하고 대신 그에 해당하는 부분을 양형의 이유에 명시적으로 기재하고 중한 형인 징역 10년의 형을 선고한 사건이다.

92) 창원지방법원 2014. 2. 13. 선고 2013고합267 판결

3) 법원의 판단

“피고인은 여자친구인 피해자와 사소한 의견충돌로 화가 나 피해자의 머리를 발로 가격하였고, 이로 인해 피해자는 외상성지주막하출혈 및 뇌 부종으로 뇌의 일부가 괴사되고 턱관절과 아랫니가 파손되어 잇몸에 지속적인 출혈이 발생하는 등의 중상해를 입게 되어 눈도 제대로 감지 못하고 인공호흡기에 의지한 채 연명하다가 고통스럽게 죽은 점, 피고인이 피해자에게 가한 폭행의 정도와 가격한 부위 등에 비추어 보면 비록 피고인이 상해치사죄로 기소되기는 하였으나 살인의 미필적 고의에 버금가는 수준의 주관적인 인식을 가지고 이 사건 범행을 저지른 것으로 보이는 점”을 양형에 고려하였다.

4) 검토-기소독점주의 하에서의 법원의 판단

우리나라는 범죄를 기소할 자격을 국가기관인 검사만이 가지도록 하는 ‘기소독점주의’를 채택하고 있다(형사소송법 제246조). 이러한 제도 하에서 검사가 결과적가중범으로 기소할 경우 재판 과정에서 살인의 주관적 구성요건 요소로 고의가 인정된다 하더라도 공소장 변경이 없는 한 고의범으로 판단 내릴 수가 없다.

이 사안은 살인의 미필적 고의와 인식 있는 과실의 경계선에 있는 사건에서 검사가 과실범인 상해치사로 기소할 경우 법원이 살인죄로 처단하지 못하는 문제점이 실제로 발생한 사안이다. 폭행의 방법과 횟수, 피해 부위가 머리 부분으로 급소에 해당하는 점, 폭행 과정에서 피해자의 상

태를 눈으로 직접 확인하면서도 수 차례의 폭행을 반복한 점 등을 보았을 때 이 사안의 경우는 살인죄의 고의를 인정할 수 있는 경우에 해당하는 것으로 보인다.

사. 시비거는 사람을 낚시칼로 2회 찌른 사건⁹³⁾

1) 사실관계

중국 출신의 불법체류자인 피고인이 직장동료들과 함께 시장에서 낚시에 사용할 칼(길이 34cm, 칼날길이 21cm)을 구입하여 이를 가지고 같은 날 오리고기 전문점에 방문하여 테이블 위에 칼을 올려놓고 술을 마시던 중, 옆 테이블의 피해자가 시비를 걸며 A자기 빈 맥주병으로 피고인의 이마를 1회 내리치자, 이에 격분하여, 테이블 위에 있던 위 칼을 손에 집어 들고 바로 피해자의 왼팔을 1회 찌른 후, 피해자의 일행에게 제지당하게 되자 더욱 흥분하여, 위 식칼로 피해자의 왼쪽 허벅지를 1회 세게 찔러 피해자가 왼쪽 대퇴동맥 자창으로 사망하게 한 사건이다.

2) 사건의 경과

이 사건에서 법원은 대구지하철 방화 사고 당시 대구지하철공사사장의

93) 울산지방법원 2014. 2. 19. 선고 2013고합200 판결

청소지시에 대한 증거인멸 사건(대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도74 판결)에서 실시된 범죄의 주관적 요소 판단의 새로운 기준을 살인죄에서도 활용하여 피고인에게 미필적 고의가 있었는지 여부를 검토하였다. 이 법리는 이 사건에 적용되기 이전에는 10년 여 간 살인죄의 미필적 고의 판단 시에는 언급되지 않고 주로 사기죄, 청소년보호법위반죄 등의 미필적 고의를 판단할 때에만 활용되었다.⁹⁴⁾

이 법리의 특징은 “행위자의 진술에 의존하지 아니하고 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 하여”라는 표현에서 볼 수 있듯, 종래 미필적 고의 판단시 수사기관 또는 법정에서의 “A 행위를 하면 B라는 결과가 발생할 것을 알고 있었지요”라는 질문에 대한 피고인의 긍정적 대답에 비중을 두고 판단해 오던 것(고의를 부인하는 사건에서도 자기 진술이 자신에게 불리하게 쓰인다는 점을 제대로 인식하지 못하고 긍정의 답을 해버리는 경우가 많다. 위 4. 바항 ‘찾김에 사람을 차로 친 사건’에서 언급한 바와 같다)에서 바깥에서 관찰할 수 있는 사실들로 피고인의 내심의 의사를 확인하는, 보다 객관적인 판단기준을 마련하고 있다는 점이다.

법원은 아래와 같이 이 법리를 활용하여 피고인에게 상해치사죄만을 인정하였다.

94) 따름판례 : 의정부지방법원 2005. 3. 31. 선고 2004노1726 판결, 대법원 2005. 10. 7. 선고 2005도5554 판결, 대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도12 판결, 대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도12 판결, 대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도12 판결, 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005도6455 판결, 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도7834 판결, 대법원 2012. 10. 11. 선고 2010도11053 판결, 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도5355 판결, 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016도15470 판결 이 중 살인죄에 관한 것은 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도5355 판결이 유일함

3) 법원의 판단

법원은 ① 피고인과 피해자는 같은 중국 출신이기는 하나 전혀 모르는 사이로, 직전에 시비가 붙은 것만으로는 피고인이 피해자를 살해하려는 동기가 되었다고 단정하기는 어려운 점, ② 피고인이 칼을 범행에 사용하기 위해 휴대했다는 증거가 없고, 이 사건 당시 식칼을 비닐 포장지에서 미처 전부 꺼내지 못한 상태에서 휘둘렀던 점, ③ 피해자의 왼쪽 상완에 길이 9cm, 깊이 11cm의 자창, 왼쪽 하복부에 길이 6.5cm, 깊이 약 10cm의 자창이 발생하여 있었고, 119 구급대원이 현장에 도착하였을 당시 식당 바닥에 피가 많이 쏟아져 있었으나, 팔이나 허벅지 부위를 찌르는 경우 사망의 결과 발생 가능성 정도가 높지 않고, 특히 목격자는 당시 피고인, 피고인의 일행, 피해자가 모두 칼 손잡이 부분을 잡고 칼을 빼앗으려고 하는 상황이었다는 것이므로, 피고인이 피해자를 찌른 부위와 정도가 오로지 피고인의 의도에 의한 것이었다고 보기 어려운 점, ④ 피고인은 도주하였다가 피해자의 상태를 알아보고 치료비를 주기 위해 범행 장소로 돌아가는 길에 체포되었다고 진술하고 있는데, 실제 피고인이 범행 후 30만 원을 찾은 자료가 있는 점 등을 종합하여 보면, 피고인에게 미필적으로나마 살인의 고의가 있었다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판시하였다.

4) 점토-범행 동기의 중요성

이 사건은 칼이라는 전형적인 살인의 도구를 사용하기는 하였으나, 당

시 외부적으로 관찰가능한 피고인의 행동을 중심으로 피고인에게 살인의 고의가 없음을 판시하고 있다. 특히 생명 침해의 위험이 큰 물건을 이용하였음에도 불구하고 피고인이 이 사건에 이르게 된 ‘동기’를 중요한 판단요소로 삼아 살인의 고의를 인정하지 않았다.

이 사건 이후 위와 같이 피고인의 진술을 명시적으로 배척하고 외부적으로 관찰가능한 객관적인 요소를 통하여 살인의 미필적 고의를 인정하는 해당 법리를 적용하여, 피고인의 진술을 유도하는 수사기관에서의 신문에 증거가치를 부여하지 않고 객관적 증거를 최대한 면밀히 검토하여 고의를 판단하려는 시도가 늘어났다. 아래 ‘윤일병 사망사건’의 대법원의 시도 또한 그러하다.

아. 윤일병 사망사건⁹⁵⁾

1) 사건개요

피고인 A를 포함한 선임병인 피고인들이, 후임병인 피해자가 묻는 말에 대답을 제대로 못한다는 이유로 한 달간 지속적으로 구타하고 가혹행위를 하던 가운데, 이미 만신창이이던 피해자에게 준 음식물을 피해자가 소리 내며 먹는다는 이유로 함께 구타하고 피고인 A는 가슴을 걷어차사물함에 부딪히게 하여 과다출혈에 의한 속발성 쇼크 및 좌멸증후군 등으로 사망하게 한 사건이다.

95) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도5355 판결

2) 사건의 경과

이 사건 발생 당시 군대 내무반의 폐쇄적 특성상 발생할 수 있는 폭행의 강도가 크다는 점 및 비윤리적 명령에 복종하게 되는 모습이 큰 충격을 안겨준 사건이다. 검찰은 주모자 피고인 A 등을 살인죄로 기소하였으나 1심에서는 피고인 A를 포함하여 폭행에 적극가담한 피고인 B 등 전원에게 대해 상해치사라는 결론이 내려졌고, 2심에서 예비적 죄명으로 상해치사를 추가하였으나 위 피고인들에 대해 주위적 공소사실인 살인죄가 인정되었으며, 대법원에서는 주범인 피고인 A만이 살인죄, 다른 적극가담자들은 살인의 고의가 없다는 취지로 그들에 대한 부분만 원심 파기환송 하였다.

3) 법원의 판단

가) 1심 판결⁹⁶⁾

1심에서는 살인죄를 무죄로 판단한 이유로 ① 이 사건 전일 피해자가 피고인 A의 아버지가 젊은 시절 강패이였다는 이야기가 가장 인상 깊었다는 이야기를 한 것이 강한 폭행의 원인이 되었지만 평소에도 유사한 이유로 피해자를 폭행하여 왔으므로 이 만으로 살인의 동기가 있다고 보기 어렵고, ② 다른 날 폭행 시 마대 자루 등을 사용한 적은 있었지만 이 사건 당일은 손과 발로 폭행하여 흉기를 사용하지 않았고, ③ 부검

96) 제3군사령부보통군사법원 2014. 10. 30. 선고 2014고13, 2014고14(병합) 판결

결과 신체 중요부위에 치명상을 입힐만한 타격이 있었다는 증거가 없으며, ④ 사인은 과다출혈에 의한 속발성 쇼크 및 좌멸증후군으로 이는 한 달 간 이어진 지속적인 가혹행위가 누적된 것이지 이 사건 당일 가해진 폭행만이 그 원인이 되었다고 보기 어렵고, ⑤ 피해자가 이 사건 당일 오전에는 눈이 풀리거나 숨이 가빠보이지 않았고, 흉복부, 등부위, 대퇴부위에 광범위한 피하출혈에 의한 속발성 쇼크가 사인이기는 하나 일반적으로 뇌나 장기가 아닌 이와 같은 부위를 반복가격한다고 하여 사망한다고 예견하기는 힘들고, 피고인의 상태가 악화된 후에도 피고인 A은 “피병부리지 마라”고 말하였고, 수사기관에서도 “피병인줄 알았다”고 일관되게 진술하였으며 이후 피병이 아니라는 것을 알고 심폐소생술 및 구급차 이송을 적극적으로 실시하였으며, ⑥ 피고인들이 피해자가 사망 전 수액주사를 놓아준 점 및 위와 같은 응급조치로 피해자의 맥박 및 호흡이 돌아와 회생가능성이 엿보였던 사정이 있으며, ⑦ 위와 같은 점을 보았을 때 살인죄의 공모 또한 인정되지 않는다는 점을 들었다.

나) 원심 판결⁹⁷⁾

원심은 1심과는 달리 폭행에 가담한 피고인들에 대한 살인죄를 인정하며 ① 국립과학수사연구원에서 작성된 감정촉탁의뢰 회보 및 법의관의 증언에 의하면 이 사건 당일의 피고인 A의 행위가 피해자 사망의 유일한 원인은 아니나 한달 간 이어진 폭행으로 피해자의 신체가 스스로 회복할 수 있는 시간을 가지지 못한 채 지속적으로 폭행 및 가혹행위를 당

97) 고등군사법원 2015. 4. 9. 선고 2014노315 판결

하여 피하출혈 등이 누적되어 사망하게 된 것이며, ② 피해자가 사망 직전 20여 일 간 다리를 절면서 다녔고, 피해자의 외부인 접촉을 차단하였으며, 피고인들이 번갈아 폭행하다 힘들면 망을 보는 사람과 교체를 하는 등 상호역할 분담을 하며 강하게 폭행하였고, 그 중 치료가 필요한 부위를 치료하여 주는 등 상해의 정도와 부위를 정확히 알고 있었으며 그 강도 또한 피고인들 및 공소외인 진술에 의하면 매우 심각하여 이 사건 당일도 피해자의 상태가 의무반에서 치료하기 힘들 정도였고, ③ 그럼에도 불구하고 이 사건 당일 잠을 자지 못하게 하고 오전에는 밤에 잠을 잤다는 이유로 엎드려뻗쳐 자세에서 발로 옆구리를 20~30회 차는 등 폭행하여 상반신에 광범위한 멍이 든 것을 관찰하였고 수액을 꽂았다가 거칠게 빼고 다시 복부 등을 발로 짓밟는 등의 폭행으로 피해자가 이미 눈이 풀리고 오줌을 싸고 말을 웅얼거리는 중에도 피고인 A가 “피병부리지 마라” 며 발로 가슴을 1회 차 피해자가 침상으로 크게 쓰러진 점을 보면 피고인들이 “이 사건 폭행과정에서 피해자의 사망이라는 결과 발생을 충분히 인식 또는 예견 하였고, 나아가 미필적으로나마 그 결과 발생을 용인하였다고 넉넉히 인정된다.” 고 판시하였으며 전신 피하출혈이 속발성 쇼크라는 사인이 될 것이라는 사정에 대해 인식할 것까지 요구하지는 않는다고 하였다.

또한 피고인 B 등의 살인 공모여부에 대해서도 ① 직접 폭행에 가담하거나 망을 보는 등의 역할분담, ② 피해자의 심각한 상태 및 피고인 A의 폭행의 정도와 양에 대한 인식, ③ 누구도 진지하게 범행을 중단하거나 범행을 만류하지 않았던 점을 들어 공동정범이 아니라거나 공모관계에서 이탈되었다고 판단하지 않았다.

다) 대상 판결

대법원은 피고인 A에 대하여는 원심 판결과 같은 결론이었다. 그러나 피고인 B 등에 대하여는 살인의 고의가 없다고 판시하였다.

원심은 피해자의 상태가 심각하였음을 피고인 B 등이 잘 알고 있었다는 근거로 피고인 B 등이 진술한 ‘힘껏 펍펍 소리가 날 정도로 때렸고, 점점 기력이 나빠지는 모습을 보면서 저렇게 맞다가 실신하는 등으로 버티지 못하겠구나’, ‘피해자가 오줌을 싸며 웅알웅알 거릴 때 사태가 더 심각해졌다고 느꼈으며 더 폭행을 한다면 생명에 지장이 있을 수 있겠구나’, ‘피해자의 상태가 충격적이었다’ 라고 진술하였던 점을 직접 인용하여 살인의 고의의 판단근거로 삼고 있다.

그러나 대법원은 위와 같은 피고인 B 등의 당시 주관적 의사에 대한 직접 진술을 배제한 채, ① 피고인 B 등의 계급 및 평소 직접 행한 폭행의 정도가 크지 않은 점, ② 피고인 A의 경우 전일 피해자가 자신의 아버지에 대해 이야기하여 심한 분노를 느껴 이것이 심한 폭행의 동기로 작용하였던 반면 피고인 B 등에게는 이러한 동기를 찾을 수 없는 점, ③ 이 사건 당일에 피고인 A는 급격히 폭행의 정도가 강해지며 주먹과 발, 무릎 등으로 피해자의 신체 주요 부위를 무차별적으로 가격하였으나 피고인 B 등은 망을 보거나 지시에 의하여 폭행한 것에 불과하고 횡수도 현저히 적으며, ④ 피해자가 쓰러지자 피고인 A의 폭행을 만류하고 물을 먹이거나 옷을 갈아입히려 하였던 점, ⑤ 피해자에게 심폐소생술을 한 것은 피고인 B 등이고 병원으로 후송하는 가운데서 피고인 B는 시종일관 울먹인 점을 보았을 때 피고인 B 등이 피고인 A의 상식을 벗어난 가혹행위에 가담하기는 하였으나, “피해자의 사망이라는 결과 발생의 가능성 또는 위험이 있음을 미필적이나마 인식하거나 예견하고도 이를 무

시한 채 가해행위로 나아갔다고 보기는 어려울 뿐 아니라, 그 각 범행 가담 정도 등에 비추어 볼 때 피고인 B 등이 피고인 A와 일체가 되어 그의 행위를 이용하여 살인의 의사를 실행에 옮기고자 하는 공동가공의 의사나 상호 이용의 관계가 있었다고 보기도 어렵다.” 고 판시하였다.

4) 검토

가) 피고인 A에 대한 판단

우선 피고인 A와 관련하여 1심에서는 결정타의 부재, 일관된 부인진술, 피해자의 상태가 악화된 후 소생을 위한 조치를 하였던 점을 들어 살인의 고의를 부정하였다. 그러나 2심에서는 동일한 증거에 대한 시각을 달리하여 살인의 고의를 인정하였다. 이 사건 1심 판결은 아래와 같은 점에서 타당하지 않다.

첫째, 피고인 A가 피해자를 평소에도 폭행하여 왔으므로 사건 당일 조금 더 심한 폭행을 하게 된 원인이 있기는 하나 살인의 동기를 인정하기 어렵다는 점, 즉 오히려 지속적 폭력을 근거로 사건 당일의 살인의 고의가 부정된다는 점이다. 위 ‘울산계모사건’의 1심에서도 이와 같은 논리로 살인의 고의를 배척한 바가 있다. 그러나 피고인이 누적된 피해 상황을 인식하고 있고, 게다가 그 누적된 피해가 자신의 행위에 기인한 것이라면 이는 미필적 고의 판단에 있어 구성요건적 결과발생의 가능성 인정을 더욱 용이하게 하는 요소로 평가될 수 있을 뿐, 의지적 요소를 배척하는 근거로 삼는 것은 타당하지 않다.

둘째, 피고인 A가 피고인의 상태가 악화된 후 심폐소생술 및 구급차 이

송을 적극적으로 실시하였으며, 사망 전 수액주사를 놓아준 점을 고의 배척의 근거로 든 것이다. 구성요건적 행위 이후의 사정을 고의 판단을 위해 고려할 때에는 그것이 행위 당시와 같은 맥락에서 행한 행동으로 피고인의 행위 당시의 의사를 간접적으로 증명할 수 있는 것이 되어야 한다. 즉, 다른 동기가 개입된 행동이어서는 안된다는 뜻이다. 이 사건에서 피고인 A의 위와 같은 행동은 ① 피고인의 진정한 소생을 바라는 것이었다면 행위 당시의 폭행의 정도에 비추어 보았을 때, 피해자가 사망할 경우 자신에게 돌아올 불이익을 사후적으로 회피한다는 목적이 컸던 것으로 구성요건적 행위 당시의 살인의 고의를 배척하는 요소가 될 수 없으며, ② 피고인의 소생을 바라지 않은 행동이라면 자신의 죄책을 은폐 또는 가장하기 위한 구호활동으로 파악될 것이다. 이 사건에서는 오히려 피고인 A가 피고인을 이송한 직후 증거 인멸을 지시하였던 정황과 결합하여 피고인 A의 행동은 자신의 죄책을 은폐 또는 가장하기 위한 행동이라고 평가하는 것이 타당하다.

나) 피고인 B 등에 대한 판단

원심과 대상판결의 피고인 B 등에 관한 판단이 달라진 이유는 무엇보다 “행위자의 진술에 의존하지 아니하고 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 하여”라는 법리의 적용 및 대상 판결에서 제시한 새로운 법리인 “형벌법규의 해석과 적용은 엄격하여야 하므로, 비록 범행 결과가 매우 중대하고 범행 동기나 방법 및 범행 정황에 비탄 가능성이 크다는 사정이 있더라도, 이를 양형에 불리한 요소로 고려하여 그 형을 무겁게 정하는 것은 별론, 그러한 사정을 이유

로 살인의 고의를 쉽게 인정할 것은 아니고 이를 인정함에 있어서는 앞서 본 법리에 따라 신중을 기하여야 한다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도5355 판결).” 는 점을 고려한 것으로 보인다. 이에 따라 대법원은 피고인 B 등이 수사기관에서 진술한, 그들이 당시 인식하였다는 피해자의 상태에 대한 진술을 일체 배제하고 각 피고인들의 독립적인 폭행의 정도 및 경위가 살인의 위험을 내포한 것인지, 공동정범 인정여부와 관련하여서는 실행행위를 하는 피고인 A의 행위에 공동의사로 가담하였는지, 피고인 A의 실행행위를 자발적으로 중단시키려는 노력이 있었는지에 대하여 객관적인 증거에 따라 검토한 후 살인의 고의가 없다는 결론에 이르렀다. 이는 미필적 고의를 인정하는 기준에 대한 객관성 요청에 부응하는 것으로 바람직하다고 생각된다.

6. 부작위범의 미필적 고의 인정 판례

가. 개요

부작위범의 경우 범죄를 부작위를 통하여 범하는 것으로써 범죄행위에 해당하는 의무를 위반한 부작위에도 주관적 요소인 고의를 요하는 것이 당연하다. 그러나 부작위의 경우 통상 작위범에서 요구하는 주관적 구성요건요소인 “객관적 구성요건요소에 대한 인식”의 대상이 될 행위가 없다는 점에서 고의 유무를 판단하기 더욱 어려운 측면이 있다.

1) 부작위범의 의의

통상의 범죄는 구성요건의 실행행위, 즉 작위로부터 출발한다. 그러나 일부 범죄는 부작위의 형태로도 발생가능하며 부작위상태 자체를 구성요건으로 하는 것을 진정부작위범, 작위의무에 반하는 부작위 형태로 범해지는 경우를 부진정부작위범이라 한다.

이와 같이 범죄행위를 저지른 것과 동일하게 평가될 수 있는, ‘마땅히 해야 할 행위를 하지 않는 것’ 또한 형법은 처벌의 대상으로 삼고 있다. 형법 제18조는 “위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다”고 규정하고 있다. 즉 부작위란 단순히 ‘아무것도 하지 않음’이 아니라 ‘무엇인가를 하지 않음. 즉 법적 명령을 이행하지 않는 행위’를 의미한다.⁹⁸⁾

2) 부작위범의 구성요건

부작위범은 단순한 무위(無爲)를 가리키는 것이 아니고 “요구되는 어떤 것을 하지 아니하였다.”는 점에 실질이 있다. 요구되는 일정한 작위행위를 하지 아니하였다는 점이 부작위범의 실체이며, 이 때 요구되는 일정한 작위행위를 가리켜서 작위의무라고 한다.⁹⁹⁾

따라서 부작위범이 성립하기 위해서는 구성요건적 상황, 명령된 행위의 부작위, 개별적 행위가능성, 보증인지위, 행위 동가치성¹⁰⁰⁾, 구성요건적 결과의 발생과 부작위와의 인과관계가 있을 것이 요구된다.

3) 부작위범의 고의

부진정부작위범에서는 작위범과 달리 고의가 필요하지 않다는 견해가 있다. “부작위범에서는 목적성이 부정되며, 오직 잠재적 목적성만이 인정될 수 있다”는 목적적 행위론자의 주장이 그것이다. 그러나 목적적 행위론자의 주장과 같이 “가능한 작위의무를 이행할 것인지 이행하지 않을 것인지”를 아직 결정하지 못하고 있는 경우 내지 이를 증명하지 못한 경우에 고의의 부진정 부작위범을 인정할 수는 없다. 범죄실현 의사가 없는 범죄를 인정할 수 없기 때문이다.¹⁰¹⁾

98) 이정원, “부진정부작위범의 구조적 문제점”, 형사법연구 제14권, (2000), p.233.

99) 신동운, 앞의 책, p. 127.

100) "형법상 부작위범이 인정되기 위해서는 형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과 발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과 발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이어야만 한다." 대법원 2002. 1. 22. 선고 2001도2254 판결.

부작위범의 일반 규정에는 없지만 모든 범죄에 고의 또는 과실은 필수적인 요건이며, 따라서 그 근거는 ‘작위의 살인죄가 고의를 요하므로 그것에 상응하기 위해서는 부작위에 의한 살인죄의 경우에도 고의가 있어야 한다’는 상응성(相應性)에 있다고 봄이 타당하다.¹⁰²⁾ 이에 근거하여 부작위범의 고의의 내용은 앞서 언급한 객관적 구성요건에 대한 인식, 보증인 지위를 발생시키는 상황에 대한 인식 및 결과발생방지의 가능성이 있음에도 불구하고 결과발생의 방지행위에 나아가지 않으려는 의사가 될 것이고¹⁰³⁾ 그 정도에 따라 미필적 고의 또는 과실범 성립도 가능할 것이다.

나. 주교사 사건¹⁰⁴⁾

1) 사실 관계

중학교 체육교사이던 피고인(소위 ‘주교사’)이 도박빚에 시달리던 가운데 부유한 집 자녀를 유괴하여 돈을 받아내려고 피해자를 자신의 집에 데리고 갔다가 손발을 묶고 입에 테이프를 붙이고 감금하였는데 이를 뒤 피해자가 탈진상태에 있는 것을 발견하였으나 얼굴에 모포를 씌워두고 다른 조치를 취하지 않고 자리를 뒀는데 저녁 무렵 집에 돌아오니 피해자가 사망해 있었던 사안이다.

101) 이정원, 앞의 논문, p.245~246.

102) 문채규, “부진정부작위범에 있어서 상응성 요건의 허와 실”, 비교형사법연구 제11권 제1호, (2009), p.199.

103) 이정원, 앞의 논문, p.246.

104) 대법원 1992. 2. 11. 선고 91도2951 판결

2) 사건의 경과

피고인이 피해자를 방치한 부작위가 특정범죄가중처벌등에관한법률위반죄¹⁰⁵⁾를 구성하는지 여부에 대해 문제가 되었고 피고인도 감금치사에 불과하다는 내용으로 적극 항변하였으나 이에 대해 고의를 인정하였던 판례이다.

3) 법원의 판단

원심은¹⁰⁶⁾ 감금상태를 유지하였을 뿐인데도 피감금자가 사망에 이르게 된 것이라면 감금치사죄에 해당할 뿐이나 “나아가서 그 감금상태가 계속된 어느 시점에서 피고인에게 살해의 범의가 생겨 위험발생을 방지함이 없이 포박 감금상태에 있던 피감금자를 그대로 방치함으로써 사망케 하였다면 피고인의 부작위는 살인죄의 구성요건적 행위를 충족하는 것이라고 평가하기에 충분”하다는 법리를 설시한 후, ① 피고인에 대한 검사작성의 같은 피고인에 대한 피의자신문조서의 진술기재 및 원심법정에서의 같은 피고인의 진술에 의하면 피고인은 피해자를 방에 가두자마자 노끈으로 손, 발목을 묶고 입에는 반창고를 두 겹으로 붙인 다음 양 손목을 묶은 노끈은 창틀에 박힌 시멘트 못에, 양 발목을 묶은 노끈은 방

105) 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의 2

② 형법 제287조의 죄를 범한 자가 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 때에는 다음과 같이 가중처벌한다.

2. 약취 또는 유인한 미성년자를 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다.

106) 원심과 대법원의 결론은 같으나 채택한 증거를 자세히 살펴보기 위하여 원심 판결에 대해서도 살펴본다. 서울고등법원 1982. 7. 9. 선고 82노831 판결

문손잡이에 각 매달고, 얼굴에는 모포를 덮어 씌워둔 후 수차 위 방을 출입하던 중, 이미 피해자가 탈진상태에 있어 박카스를 먹여보려고 하였으나 입에서 흘러내릴 뿐 마시지 못하기에 그때에는 입에 반창고를 붙이지 않고 노끈에 묶여 매달린 피해자의 얼굴에 모포를 덮어 씌우고 그대로 위 아파트를 나왔는데 “그때 윤상이¹⁰⁷⁾를 그대로 두면 죽을 것 같은 생각이 들어 윤상을 병원에 옮기고 자수할 것인가 그대로 두어 윤상이 죽으면 시체를 처리하고 범행을 계속할 것인가 제 스스로 자살할 것인가 고민하다가 결국 병원에 옮기고 자수할 용기가 생기지 않아 그냥 나와 학교에 갔다가 같은날 14:00경 돌아와 보니 이미 윤상이 죽어 있었습니다”, “그 당시 윤상이 죽을지도 모른다는 생각은 하였으나 용기가 없어서 병원으로 옮기지 못했습니다”, “그 당시 윤상을 그대로 두면 죽을 것이라는 생각은 어렴풋이 했습니다”, “윤상이 죽은것은 탈진해 있는데다가 모포를 얼굴에 덮어 놓으니까 질식해서 죽은 것이 아닌가 생각됩니다”라고 되어 있으며, ② 여기에 피해자는 피고인의 제자로서 같은 피고인을 잘 알고 있는 점 등을 종합하여보면, 위와 같이 아파트에서 나올 당시부터 같은 피고인에게는 살인의 고의가 있었고 포박 감금된 피해자의 얼굴에 모포를 덮어 씌워 그대로 방치하여 피해자를 질식 사망케 한 사실을 인정할 수 있다고 판시하였고 대법원도 이를 그대로 인용하였다.

107) 피해자의 이름, 저자 주

4) 검토

이 판례는 1980년대 초반의 판례로 앞서 수 차례 지적한 바와 같이 피고인의 내심에 대한 수사기관에서의 자백취지의 진술을 대폭 활용하여 인정하였다. 계속 언급해 오고 있는 바와 같이 미필적 고의를 인정함에 있어서 피고인의 주관적 진술을 근거로 하는 것은 바람직하지 않다.

만약 이 사건에서 피고인의 살인의 고의 유무를 사실인정에 의하여 밝혀진 객관적인 요소를 중심으로 판단한다면, ① 피고인이 피해자를 우발적으로 감금 및 포박하기 시작한 날은 1980. 11. 13. 17:30경이고 피고인이 피해자가 탈진상태에 있음을 안 것은 같은 달 15. 07:30경으로 겨우 만 하루 반이 지난 시점이며, ② 피고인이 위 만 하루 반의 시간동안 피해자의 상태를 살피고 음식 및 난방을 제공한 점, ③ 피해자가 중학교 2학년 남학생이었던 점, ④ 사인에 다툼의 여지가 있었던 점을 보면 부작위범의 객관적 요소 중 구성요건적 상황에 대한 인식, 즉 자신이 어떠한 행위를 하여야만 할 상황인지를 제대로 알지 못하였다고 볼 수 있으므로 감금치사로 의율하는 것이 타당하다.

“형벌법규의 해석과 적용은 엄격하여야 하므로, 비록 범행 결과가 매우 중대하고 범행 동기나 방법 및 범행 정황에 비난 가능성이 크다는 사정이 있더라도, 이를 양형에 불리한 요소로 고려하여 그 형을 무겁게 정하는 것은 별론, 그러한 사정을 이유로 살인의 고의를 쉽게 인정할 것은 아니고 이를 인정함에 있어서는 앞서 본 법리에 따라 신중을 기하여야 한다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도5355 판결).” 는 최신 법리는 이와 같은 경우, 즉 사회적 비난이 거센 사건의 경우 고의의 문제를 비난가능성의 정도와 혼동하여 판단하는 것을 경계하는 것이라고 할 수 있다.

무엇보다 문제는 이렇듯 약한 정도의 고의만이 인정된 이 사안에서 피

고인은 법정최고형인 사형을 받아 그 형이 집행되었다는 점이다. 과연 위 사안은 객관적 구성요건 측면에서 청소년을 유괴하여 작위에 의한 살인으로 그 생명을 해친 경우와 동일한 평가를 받을만한 사안인지, 주관적 구성요건 측면에서 가장 큰 불법성을 가진 계획적, 확정적 고의를 가진 살인의 경우와 동일시할 수 있을지 의문이다. 독일의 경우 이와 같은 고려 하에서 부작위범에 대해 임의적 감경 규정을 정하고 있다.¹⁰⁸⁾

다. 세월호 사건¹⁰⁹⁾

1) 사실관계

이하에서는 세월호 사건 중 살인죄의 고의 인정여부와 관련된 부분에 한정하여 논의를 진행한다.

가) 선장 및 1등 항해사

선체가 기울기 시작할 당시 구조요청을 하고 승객들에게 대기하라는 내용의 안내방송을 하였으나 이후, 피해자들을 퇴선시킬 경우 충분히 구조

108) 신동운, 앞의 책, p.119~120.의 번역.

독일형법 제13조 (부작위에 의한 실행) ① 형벌법률의 구성요건에 속하는 결과를 방지하지 아니한 자는 결과가 발생하지 않도록 법적으로 보증할 책임이 있고 그 부작위가 법률상의 구성요건을 작위에 의하여 실현하는 것에 준하는 경우에 한하여 이 법률에 따라 처벌한다.

② 그 형은 제49조 제1항에 따라 감경할 수 있다.

109) 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도 6809 판결

가능하며 선체가 더 기울 경우 밖으로 빠져나오지 못하고 익사할 수 있다는 사실을 알면서도 승객들을 대피시키지 않고 퇴선하여 방송을 믿고 대기 중이던 피해자 X 등을 익사하게 하여 살해하였다는 점으로 기소되었고, 예비적 죄명은 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(이하 ‘특가법 위반’ 이라 한다)¹¹⁰⁾, 유기치사였다.

나) 기관장

선체가 기울어진 사실을 알고 다른 직원들과 대기 중 부상으로 스스로 이동이 불가능한 피해자 Y 등을 그대로 두면 선체에서 빠져나오지 못해 익사하게 된다는 점을 알고서도 아무런 구호조치를 취하지 않아 피해자 Y 등을 익사하게 하였다는 점에 대해 살인으로 기소되었다.

2) 사건의 경과

이 사건에서는 구호조치를 취하지 아니하였다는 부작위에 의한 살인죄 인정여부가 문제되었다. 선장의 피해자 X 등에 대한 부분에 대해서 1심

110)특정범죄가중처벌등에관한법률

제5조의12 (도주선박의 선장 또는 승무원에 대한 가중처벌)

「해사안전법」 제2조에 따른 선박의 교통으로 인하여 「형법」 제268조의 죄를 범한 해당 선박의 선장 또는 승무원이 피해자를 구호하는 등 「수상에서의 수색·구조 등에 관한 법률」 제18조제1항 단서에 따른 조치를 하지 아니하고 도주한 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중 처벌한다. [개정 2015.7.24 제13440호(수상에서의 수색·구조 등에 관한 법률)] [[시행일 2016.1.25]]

1. 피해자를 사망에 이르게 하고 도주하거나, 도주 후에 피해자가 사망한 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
2. 피해자를 상해에 이르게 한 경우에는 1년 이상의 유기징역 또는 1천만원 이상 1억원 이하의 벌금에 처한다.

[본조신설 2013.7.30] [[시행일 2013.10.31]]

은 유기치사죄, 2심 및 대법원은 살인죄를 인정하였다. 1등 항해자의 피해자 X 등에 대한 죄로 1심은 선장과 같이 유기치사죄를 인정하였으나 2심과 대법원은 특가법위반죄를 인정하였다. 기관장의 피해자 Y 등에 대한 죄로 1심은 살인죄, 2심과 대법원은 유기치사죄를 인정하였다.

3) 법원의 판단

가) 1심 판결

법원은 앞서 본 미필적 고의의 입증에 관한 최신 법리를 적용하여, 선체 내에 있었던 선장 및 직원들의 진술을 종합하였을 때, 선장의 경우 2등 항해사에게 퇴선지시 안내방송을 하라고 사무부에게 전달하라는 지시를 한 사실이 인정되고, 1등 항해사의 경우 선장의 지시를 받는 입장에서 선장의 위와 같은 2등 항해사에 대한 퇴선방송을 지시하는 것을 보았고, C가 사무부 직원에게 무선을 한 사실을 인정하여, 실제로 퇴선 방송은 이루어지지 않았다고 할지라도 그들이 퇴선 방송이 되었을 것이라고 인식하였을 가능성이 크고, 재차 퇴선 방송 지시를 하지 않았더라도 그것이 살인의 고의에서 비롯된 것이 아니라는 취지로 살인 부분을 무죄 판결하였고 유기치사죄의 죄책만을 물었다.

그리고 2심에서 피해자 Y 등에 대해 인정되는 특가법위반에 대해서는 “특가법상 도주선박죄의 주체는 ‘조난사고의 원인을 제공한 선박’의 선장 및 승무원에 한정된다고 판단” 된다는 이유로, 위 규정의 적용을 받지 않아 무죄라고 판단하였다.

기관장의 경우 1심에서는 살인의 고의 여부에 대한 판단을 구체적으로 하지 않고 기관장이 위와 같은 사실관계를 ‘인식’ 하였다는 표현을 사용하여 피해자 Y 등에 대한 부작위에 의한 살인죄를 인정하였다.

나) 2심 판결

검찰은 선장과 1등 항해사에 대해 살인을 인정하지 않은 점에 대해 퇴선방송지시가 없었고, 승객 등이 사망할 수 있다는 사실을 명확히 인식하면서도 어쩔 수 없다고 용인하면서 퇴선한 것으로 살인의 미필적 고의가 인정된다는 내용으로 항소하였다. 법원은 이에 대하여 1심에서 인정된 퇴선방송을 하라는 선장의 지시가 있었다고 보기 어려우며, 만약 퇴선방송 지시가 있었다고 인정되더라도 위 지시를 2등 항해사가 사무부에 전달하였는지 의문이며, 만약 지시를 전달하였더라도 이는 일방적으로 전달되었고 그에 수반하는 조치는 전혀 이루어지지 않았고 오히려 이 상태에서 선체로부터 탈출하여 버렸다는 점을 인정하였다.

이에 더하여 선장의 경우는 사고 직후부터 탈출에 이르기까지 승객의 안전에 대해 선원들과 이야기한 바가 없으며, 탈출 후에는 선장이라는 신분을 밝히지도, 현재 객실 내 승객들에 대한 구조 촉구 등도 하지 않고 진도의 병원에 이르러서야 신분을 밝혔으나, 해사안전법과 선원법 등의 법률은 선장에게 선박 안전에 대한 막대한 권한을 부과하고 있는 점에 비추어 위와 같이 선장이 구호조치를 하지 않은 점은 부작위에 의한 살인죄를 구성한다고 판시하였다(고의 유무는 별도로 판단하지 않은 것으로 보아 확정적인 것으로 본 듯 하다).

반면에 1등 항해사의 경우 퇴선방송 지시 부분을 제외하고 승객구조를

위한 교신 및 구명벌을 터뜨리려고 노력하는 등 어느 정도의 구조조치를 한 점, 선장의 지시 감독을 받는 입장에서 독단으로 구조를 위한 적극적인 조치를 하기 어려운 위치인 점, 선장의 퇴선 명령에 따라 퇴선한 점, 퇴선 후에도 선장과 달리 구조정 갑판에서 승객구조활동을 주시하면서 구조요청하는 승객들이 없는지 살피기도 하였던 점 등을 고려하면 당시 1등 항해사에게 승객들의 사망을 용인하는 내심의 의사가 있었다고 단정하기는 어렵다는 내용으로 살인에 대해서는 무죄 판시하였고 제1예비적 공소사실인 특가법위반의 점을 유죄로 판단하였다.¹¹¹⁾

기관장은 당시 심한 공포감과 육체적 고통으로 인한 공황상태에서 피해자 Y 등이 사망한 것으로 알고 구호하지 않고 탈출한 것으로 살인의 고의가 없다고 주장하였다. 이에 대해 법원은 기관장이 직접 피해자 Y 등의 사고장면을 목격하지 못하였고, 보고를 받은 후 주물러 주거나 통로 쪽에 눕히게 하는 등의 조치를 지시한 점, 이후 피해자 Y 등의 상태를 다시 확인해보라고 지시하였을 때 직원들로부터 “꼼짝도 하지 않는다”는 보고를 받은 바, 탈출 당시 그들이 사망했을 것이라고 생각하였을 가능성이 높은 점에 비추어 볼 때 살인죄의 미필적 고의를 인정하기 힘들다고 판시하였고 예비적 공소사실인 유기치사죄를 인정하였다.

다) 대법원 판결

대법원은 최초로 부작위범의 미필적 고의 판단에 대한 법리를 설시하였다. 그 내용은 다음과 같다.

111) 1심과 달리 특가법위반 부분은 조타와 관련하여 조난사고의 원인을 제공한 점이 인정되었다.

“범죄는 보통 적극적인 행위에 의하여 실행되지만 때로는 결과의 발생을 방지하지 아니한 부작위에 의하여도 실현될 수 있다. 형법 제18조는 ‘위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다.’ 라고 하여 부작위범의 성립 요건을 별도로 규정하고 있다.

자연적 의미에서의 부작위는 거동성이 있는 작위와 본질적으로 구별되는 무(無)에 지나지 아니하지만, 위 규정에서 말하는 부작위는 법적 기대라는 규범적 가치판단 요소에 의하여 사회적 중요성을 가지는 사람의 행태가 되어 법적 의미에서 작위와 함께 행위의 기본 형태를 이루게 되는 것이므로, 특정한 행위를 하지 아니하는 부작위가 형법적으로 부작위로서의 의미를 가지기 위해서는, 보호법익의 주체에게 해당 구성요건적 결과발생의 위험이 있는 상황에서 행위자가 구성요건의 실현을 회피하기 위하여 요구되는 행위를 현실적·물리적으로 행할 수 있었음에도 하지 아니하였다고 평가될 수 있어야 한다.

나아가 살인죄와 같이 일반적으로 작위를 내용으로 하는 범죄를 부작위에 의하여 범하는 이른바 부진정 부작위범의 경우에는 보호법익의 주체가 그 법익에 대한 침해위협에 대처할 보호능력이 없고, 부작위행위자에게 그 침해위협으로부터 법익을 보호해 주어야 할 법적 작위의무가 있을 뿐 아니라, 부작위행위자가 그러한 보호적 지위에서 법익침해를 일으키는 사태를 지배하고 있어 그 작위의무의 이행으로 결과발생을 쉽게 방지할 수 있어야 그 부작위로 인한 법익침해가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는

것으로서 범죄의 실행행위로 평가될 수 있다. 다만 여기서의 작위의무는 법령, 법률행위, 선행행위로 인한 경우는 물론, 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다고 할 것이다(대법원 1992.2.11. 선고 91도2951 판결, 대법원 2008.2.28. 선고 2007도9354 판결 등 참조).

또한 부진정 부작위범의 고의는 반드시 구성요건적 결과발생에 대한 목적이나 계획적인 범행 의도가 있어야 하는 것은 아니고 법익 침해의 결과발생을 방지할 법적 작위의무를 가지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 그 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음을 예견하고도 결과발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한다는 인식을 하면 족하며, 이러한 작위의무자의 예견 또는 인식 등은 확정적인 경우는 물론 불확정적인 경우이더라도 미필적 고의로 인정될 수 있다. 이때 작위의무자에게 이러한 고의가 있었는지는 작위의무자의 진술에만 의존할 것이 아니라, 작위의무의 발생근거, 법익침해의 태양과 위험성, 작위의무자의 법익침해에 대한 사태지배의 정도, 요구되는 작위의무의 내용과 그 이행의 용이성, 부작위에 이르게 된 동기와 경위, 부작위의 형태와 결과발생 사이의 상관관계 등을 종합적으로 고려하여 작위의무자의 심리상태를 추인하여야 할 것이다. “

이런 법리 하에 선장은 승선경험이 풍부하여 자신이 적극적·지속적으로 구호조치를 하여야 할 사람임을 알고 있었고, 지체할 경우 자신의 종전 명령에 따라 대기 중인 피해자 X 등이 선체에서 빠져나오지 못하고 익사할 것을 충분히 예상하였음에도 승객의 안전에 대한 논의나 설명 없

이, 구조세력들의 수차례에 걸친 퇴선공지요청마저 묵살하고 자신이 먼저 퇴선한 것으로 선장으로서의 역할을 전면적으로 포기하였으며, 그 이후에도 구조세력에서 선내 상황에 대한 정보를 제공하는 등 승객에 대한 무관심한 태로 일관한 바 이러한 행태는 자신의 부작위로 인하여 승객 등이 사망에 이를 수 있음을 예견하고도 이를 용인하는 내심의 의사에서 비롯된 것으로 부작위에 의한 살인의 미필적 고의가 인정된다고 판시하였다.

1등 항해사는 총 20년 5개월의 승무경력을 가진 1급 항해사 자격면허 소지자로서 사망·질병 또는 부상 등 부득이한 사유로 선장이 직무를 수행할 수 없을 때에는 선장의 직무를 대신하고, 선장의 지휘에 따라 여객과 화물을 목적지까지 안전하게 운송하는 데 필요한 항해 및 화물의 적재, 고박 업무를 담당하면서, 비상상황 발생 시에는 위 운항관리규정과 비상배치표에 따라 현장을 지휘하며 우현 슈트를 투하하고 승객을 유도하는 등 승객이 우현 슈트 등을 통해 안전하게 퇴선할 수 있도록 조치하여야 하는 의무를 가진 사람으로, 다수의견은 ① 항해사는 선장의 포괄적이고 절대적인 권한에 복종하는 자이며, ② 퇴선조치라는 것은 선박 위험의 정도, 외부 사정, 생존 및 구조 가능성 등을 종합적으로 고려하여 부득이 하게 행해지는 극단의 조치이므로 당시 선장의 지휘·명령이 없는 상태에서 수동적으로 구호행위를 하지 아니한 것이 선내 대기 중인 승객 등에 대한 유기의 고의를 넘어 살인의 미필적 고의를 인정하기에 부족하다고 판시하여 원심과 같은 결론을 내렸으나, 반대의견은 구호에 가장 큰 책임이 있는 선장이 일체의 구호조치를 취하지 않는 비정상적 상황임이 충분히 인식가능 하였던 점, 조난사고 시 1등 항해사에게는 선장을 대행하여 구조조치를 지휘할 작위의무가 있었고, 그 의무를 이행하

여야 하는 상황이 현실적으로 발생하였으나 그럼에도 당시 그 의무를 이행하지 않고 다른 구호조치 없이 탈출한 점을 보면 “승객 등이 사망할 가능성이 크지만 사망해도 어쩔 수 없다는 의사, 즉 결과발생을 인식·용인하였고, 이러한 부작위는 작위에 의한 살인의 실행행위와 동일하게 평가할 수 있는 점이므로 살인의 고의가 인정될 수 있다”고 판시하였다.

기관장의 경우는 원심과 같은 이유로 살인의 미필적 고의를 부정하고 유기치사죄만을 인정하였다.

4) 기존의 연구

이 사건에서 선장에 대해 살인죄를 인정한 점에 대하여, 검찰은 ‘선장은 VTS¹¹²⁾ 교신을 통해 승객 등을 퇴선시킬 경우에 구조가 가능하다는 사실을 충분히 인식하였음에도 계속 선내 대기하도록 하였고 최후의 순간까지 그와 관련된 방송을 하지 않고 선장을 포함 선원들만 우선 탈출하였음’을 근거로 살인죄의 미필적 고의를 인정하기에 부족함이 없다고 주장하였으나, 피고인들 중 누군가가 제주VTS에 구조요청을 하였고, 탈출 직전까지 진도 VTS와 교신을 구조 요청하는 내용의 교신을 한 점, 구조대가 도착한 후 선내방송으로 이를 알린 점, 선장의 탈출 지시가 2등 항해사에게 전달되었고 2등 항해사가 사무원들의 답을 듣지 못하였으나 이를 확인하지 않은 점은 당시 헬기 도착으로 소음이 워낙 심하여 확

112) 선박교통관리제도(Vessel Traffic Service System, VTS), 저자 주.

인이 어려웠던 것으로 이런 내용만으로 피고인들의 행위가 살인의 고의에서 비롯되었다고 보기 어려우며, 퇴선지시 여부에 대한 피고인들의 진술은 대개 일치되나 그들이 탈출 후 함께 한 시간이 전혀 없으므로 모의하여 만들어진 진술이라 보기 어렵고, 피고인들의 행동을 지켜보았던 당시 세월호에 승선하고 있었던 필리핀 여가수의 증언에 의하면 피고인들 중 한 사람은 구명뗏목을 터뜨려보겠다고 나갔고 나머지는 별다른 말 없이 한명씩 따로 나갔다고 하므로 자신의 안위를 위하여 탈출명령을 하지 않았다고 할 만한 증거는 없다는 주장이 있다.¹¹³⁾ 특히 사고 초기에 선장이 승객들에게 “구명조끼를 착용하고 선실에 대기하라.”고 지시하였던 점은 적절한 시기에 퇴선하여 구명조끼를 활용할 수 있도록 하기 위한 것으로 보아야 한다는 입장이다.

이에 반하여 선장에게 살인죄를 인정한 대법원 판결에 동의하며, 1등항해사와 같은 간부선박직원들에 대하여도 살인의 미필적 고의를 인정하지 않고 살인죄의 공동정범을 논하지 않은 것은 간부선원들이 현실적으로 선장에 버금가는 능력을 가지고 있으며 비상상태의 사태해결에 대하여 공동으로 지배하고 있다고 보아야 하는 점, 선장 명령의 절대성은 선장의 합리적 판단을 전제로 한 것이므로 이에 대한 복종을 요구하는 것은 사물의 본질에 맞지 않으며, 구조활동을 방해 또는 저지하지 않았다는 점 오히려 확정적 고의를 추단할 수 있는 사정이라는 점에 비추어 옳지 않다는 견해도 있다.¹¹⁴⁾ 같은 맥락에서 추가적으로 범죄참가형태 판단에서 중요하게 다루어져야 할 ‘사태지배의 정도’와 같은 용인의사와 큰 관련성을 가지지 않는 요소들을 강조하여 판단의 결정적인 기준으로

113) 이수진, 최석운, “세월호 사고에 대한 형사재판의 쟁점”, 비교형사법연구 제17권 제1호, (2015), p.221~222.

114) 최호진, “세월호 선장과 간부선원의 형사책임에 대한 대법원 판결 법리분석과 비판”, 아주법학 제9권 제4호, (2016), p.103.

보아 선장에게만 살인의 미필적 고의를 인정한 것은 옳지 않으며, 2심 법원과 대법원이 동일한 행위를 유기치사죄에서는 본질적인 기여행위로, 살인죄와 관련하여서는 비본질적 기여행위로 판단하는 모순을 드러내고 있다는 점, 이러한 논증상 문제점은 2심법원과 대법원이 선장을 상징적 처벌의 도구로 사용하였다는 생각을 가지게 한다는 주장도 있다.¹¹⁵⁾

5) 검토

가) 요약 및 문제점

판단 과정을 요약하자면, 선장의 경우 1심에서 살인의 점이 무죄였던 이유는 퇴선명령을(승객들에게 도달하였는지는 별론으로 하고) 하였다는 사실이 인정되어 재차 무선지시를 하지 않은 점을 살인의 고의에서 비롯된 것으로 인정하기 어려워서이다. 그러나 2심 이후에는 위 퇴선명령을 하였다는 점이 부정되고 그에 더하여 자신이 스스로 퇴선을 하는 도중 및 이후에도 승객의 구조에 일체의 관심을 두지 않은 사정 및 선장이라는 지위의 중대성을 고려하였을 때 그 부작위가 살인행위와 동가치성을 인정받은 결과 별도로 고의 유무를 판단하지 않고 살인죄를 인정하였다.

1등 항해사의 경우도 1심에서 선장과 같은 공간에서 선장의 지시를 여전히 받는 입장이므로 퇴선명령이 있다고 믿었다면 더 이상의 적극적 조치를 취하지 않은 것은 살인의 고의에 의한 것으로 보기 어렵다는 결론이었고, 2심 이후에는 탈출 전후 일부 구조 작업을 도운 점을 볼 때 승

115) 박경규, “세월호 판결의 논증상의 문제점: 미필적 고의와 범죄참가형태를 중심으로”, 법학논고 제53집, (2016), p.155.

객들의 사망을 용인하는 의사가 있다고 보기 어렵다는 결론이었다.

기관장의 경우 1심에서는 별도의 고의 판단 없이 부작위에 의한 살인죄가 인정되었으나 2심 이후에는 최초 발견 보고시 상태확인 및 안정조치를 명령하였고, 탈출 무렵에 있었던 보고에 의하여 그들이 사망하였다고 오해했을 가능성이 있으므로 살인의 미필적 고의가 있다고 보기 어렵다고 판단하였다.

이 사건은 증거 채부 및 증언의 신빙성에 따라 결론이 달라지는 모습을 보이는 바, 증거자료를 모두 검토하지 않은 상태에서 그 당부에 대해 판단하는지는 않겠다. 다만 위 세 피고인에 대해 부작위에 의한 살인죄 여부를 검토하는데 있어 공통적으로 부작위범의 객관적 구성요건 요소와 주관적 구성요건 요소의 판단을 구별하지 않고 혼용하여 하는 점에 대해서는 지적하고자 한다.

나) 각 구성요건 별 판단 요소의 혼동

1등 항해사에 대한 판단 부분을 보면, 대법원은 선박직원법 제11조 제2항 제1호 단서¹¹⁶⁾로부터 선장 아닌 선박직원의 보증인의무가 인정되기 위해서는 선장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 경우여야 한다고 제한한 후, 이 사건에서는 그러한 경우에 해당하지 않으므로 1등 항해사의 보증인의무가 없으며,¹¹⁷⁾ 이러한 상태에서 구조세력에 구조요청

116) 선박직원법 제11조 (승무기준 및 선박직원의 직무) ② 선박직원의 직무는 다음 각 호와 같다. 1. 선장은 선박의 운항관리에 대하여 책임을 진다. 다만, 사망·질병 또는 부상 등 부득이한 사유로 선장이 직무를 수행할 수 없을 때에는 자동화선박에서는 항해를 전문으로 하는 1등 운항사가 그 직무를 대행하고, 그 밖의 선박에서는 1등 항해사가 그 직무를 대행한다.

117) 판례의 표현에 따르면 “선장과 마찬가지로 선내 대기 중인 승객 등의 사망 결과나 그에 이르는 사태의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 저지·촉진하는 등 사태를 지배하는

을 하면서 대기하다가 해경 경비정 등 구조세력이 도착한 후에야 퇴선하였을 뿐이라는 점에서 “이들이 상대적으로 간부 선원의 지위에 있었다고 하여… 나머지 피고인들과 달리 승객 등에 대한 유기의 고의를 넘어 살인의 미필적 고의를 가지고 피고인 1(선장)의 범행에 가담하였다¹¹⁸⁾고 단정하기도 어렵다.”고 판시하고 있다. 즉, 법령에 의한 보증인 의무의 존부가 부진정 부작위범의 행위 동가치성 여부에 연동되도록 한 후, 문제된 행위(방관이나 침묵)가 동가치성 내지는 상응성을 갖지 못한다는 판단을 하고 이를 행위자의 미필적 고의 부존재 문제로 치환하고 있는 것이다.¹¹⁹⁾

이렇듯 하나의 구성요소에 대한 판단을 통하여 각 범죄구성요소를 주인하는 것은(심지어 사안의 경우, 보증인 의무가 없다고 판단되면 나머지 부분에 대한 판단은 특별한 필요가 없는데도 불구하고 굳이 보증인의무가 없으므로 행위동가치성 및 미필적 고의까지 없다는 점을 지적한 것은 어떤 실익이 있는 것인지 의문스럽다) 각각의 판단대상을 달리하는 구성요소들에 대한 면밀한 판단을 거치지 않고 결론을 내리게 된다는 점에서 바람직하다고 할 수 없다.

지위에 있었다고 보기 어렵다”

118) 살인죄의 행위 동가치성에 대해 판단한 부분, 저자 주.

119) 임정호, “부진정 부작위범의 보증인 의무의 한계”, 형사법연구 제28권 제1호, (2016), p.238.

제4장 미필적 고의 개념에 관한 제언

제1절 판례상 살인죄 미필적 고의 인정의 문제점

1. 법리에 관한 용어 미정립

학설사적으로 미필적 고의와 인식있는 과실의 경계는 무엇인지, 미필적 고의란 어느 정도의 인식 또는 의사를 요하는지에 대한 설명이 분분했고, 현재의 판례가 위 학설 중 어떤 것에 해당하는지에 대한 해석도 다양하다. 또한 판례에서 사용되는 법리 또한 인식, 예견, 용인, 가능성 등의 단어를 혼용하여 고의범의 하한이 어느 선까지인지 문언적으로 확정하기 힘들다. 애초에 개념 정의의 대상이 되는 단어의 의미 자체가 명백하다면 그 단어의 의미가 무엇인지 설명하기 위하여 다시 수 개의 이론이 생기지는 않을 것이다. 즉 미필적 고의라는 개념 자체의 모호함이 판례법으로서의 규범력을 보여주지 못하고 있음을 알 수 있다.

2. 미필적 고의를 판단하는 기준의 문제

가. 고의 판단을 피고인의 진술에 의존하는 경향

주관적 구성요건요소라는 개념 본질상 이를 직접 증거를 통해 인정하기

란 불가능하다.¹²⁰⁾ 따라서 판단자는 대상자의 직접 진술에 의존하고자 하는 유혹을 강하게 느끼며, 판례는 오랜 기간 동안 피고인이 실행행위를 할 당시의 의사에 관한 사후적 진술을 결정적인 증거로 삼아왔다(앞서 검토한 다이야 트럭 총격사건, 횡감에 사람을 차로 친 사건, 음주단속 경찰관을 오토바이로 친 사건, 윤일병 사망사건 하급심, 주교사 사건 참조).

그러나 이러한 현상은 주관적 구성요건요소를 판단하는 올바른 방법이라고 하기 어렵다. 피고인은 범행 당시 극도의 흥분상태로 당시 상황 및 자신의 감정에 대한 기억을 제대로 할 것이라고 기대하기 어렵다. 또한 피고인이 고의를 부인하는 상황에서 그의 진술을 통해 인정 근거를 얻어낸다는 것은 피고인이 가진 방어권과 모순되므로 정당한 방법이 아니다.

이에 더하여 범죄의 실행행위시 고의가 있었는지 여부를 확인할 수 있는 바른 질문은 원칙적으로 ① 범행 당시에, ② 피고인 자신의, ③ 내심의 의사에 대한 것이어야 하는데, 수사기관의 질문은 ① 지금 다시 생각해 보면, ② 일반적으로 보았을 때 피고인의 행동은, ③ 결과를 발생시키기에 충분한 행동이었음을 인정하느냐는 식으로 진행되며 이에 대한 긍정의 답이 피고인에게 불리한 증거로 기록이 되는 경향이 있는 바, 그 자체로 범죄사실에 대한 증명력 있는 증거라 하기 어렵다.

또한 우발적이고 경위에 참작할 만한 사정이 있는 경우(예를 들어 정당방위에 가까운 상황)에 이는 오히려 수사기관으로 하여금 “사망의 결과

120) 만약 피고인이 피해자에 대한 실행행위를 하는 순간 “죽어!”라고 말하였다는 점이 객관적 증거를 통하여 증명된다 하더라도, 피고인이 흥분상태에서 뱉은 “말”을 피고인의 “의사”자체라고 볼 수는 없으므로 그것은 직접 증거가 되지 않으며 유력한 간접증거가 될 뿐이다. 다만 그러한 말을 유력한 간접증거로 사용함에 있어서도 우리의 언어습관 상 다툼과정에서 “죽여버린다.”는 표현이 쉽게 사용되는 점을 볼 때 그 자체만으로 피고인의 의사를 추단하는 것은 경계하여야 할 것이다. (한인섭, “가정폭력 피해자에 의한 가해자 살해 : 그 정당화와 면책의 논리” 법학 제37권 제2호, (2009), p.806.)

를 원할만한 사정”으로 취급된다. 그리하여 수사기관은 피고인이 내심 증오심과 살의를 갖고 있을 것으로 추론하여 살인의 미필적 고의 여부에 대해 계속 질문을 하게 되며, 피고인으로서의 죄책감에다 사후 생각해 보니 그럴 수도 있겠다 싶어 자포자기 상태에서 고의의 자백을 해버리는 경우가 잦으며, 일반 피고인들로서는 그러한 자백의 법적 중요성을 잘 알리도 없다.¹²¹⁾

대법원에서도 최근 “그 행위자가 범죄사실이 발생할 가능성을 용인하고 있었는지의 여부는 행위자의 진술에 의존하지 아니하고 외부에 나타난 행위의 형태와 행위의 상황 등 구체적인 사정을 기초로 하여...(대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도74 판결 참조)”라는 법리를 활용하여 가능한 피고인의 진술을 판단 근거에서 배제하려는 모습을 보이는데, 그것은 위와 같은 문제의식에서 비롯된 것으로 보인다. 다만 하급심에서는 피고인의 인정 진술을 전면적으로 받아들여 고의판단의 근거로 삼으려는 경향이 여전히 존재한다.

나. 제시된 법리의 추상성

대법원은 피고인이 범의를 부인하는 경우 간접사실, 즉 범행에 이르게 된 경위, 범행의 동기, 준비된 흉기의 유무·종류·용법, 공격의 부위와 반복성, 사망의 결과발생가능성 정도, 범행 후에 있어서의 결과회피행동의 유무 등 범행 전후의 객관적인 사정을 통하여 고의 여부를 판단할 것

121) 한인섭, 앞의 논문, p.306. 이는 수사기관의 질문의 방향성에 따라 그 답이 유도되기도 쉬운 영역이다. 위 논문은 검찰피의자 신문의 질문이 회차에 따라 달라짐을 지적하고 있다. 위 논문 각주 86번 참조.

을 주문한다. 그러나 이 정도의 나열만으로 피고인의 범의를 판단하는 기준을 얻기란 쉽지 않다.

특히 “범행 후에 있어서의 결과회피행동의 유무”에 관하여 ‘울대뼈 가격 사건’에서는 피고인이 범행 다음날 피해자의 사체를 유기한 점을 들어 살해의 고의를 추정하였는데 이는 살인의 고의를 근거지을 수 있는 행동이라기보다 하루의 시간을 두고 숙고한 결과 내린 자기방어본능에 기한 범죄은닉으로 보는 것이 타당하다. 또한 ‘윤일병 사망사건’의 경우 1심에서는 주범인 피고인이 숨을 헐떡일 정도로 뛰어가 피해자의 상태가 급격히 좋지 않아진 사실을 상관에게 보고하였다거나 피해자를 실어 나르는 구급차를 직접 운전하였다는 사정을 살인의 미필적 고의를 부정하는 근거로 삼았는데 이는 오히려 사망의 결과가 자신으로부터 기인한 것이라는 적발을 두려워한 가장행동으로 보는 것이 타당하다(사실상 이와 시간적으로 근접하게 피고인은 피해자에 대한 가해행위와 관련된 증거인멸을 실행하거나 지시하였다). 이러한 점이 2심에서는 살인죄의 고의를 배척할 만큼 의미 있는 행동으로 받아들여지지 않아 살인죄가 인정되기도 하였다.

3. 입증 곤란의 문제

고의 유무를 판단하는 것은 주관적 구성요건요소라는 개념내재적으로 증명의 어려움이 예상되며 사실 입증이 곤란한 영역으로 취급된다. 특히 살인 현장에 피해자와 피고인 둘만 있었을 경우 망자(亡者)로부터는 어떠한 진술 증거도 확보할 수 없고 남겨진 증거는 과학적으로 수집가능한

증거와 피고인의 진술뿐이다. 이 경우 피고인은 실행행위 자체를 자백한다 하여도 당연히 그 사실을 축소하여 진술하는 경향이 있을 것이므로 이를 통하여 범행 당시의 객관적인 상황을 파악하기는 쉽지 않다.

또한 누적적 인과관계로 인한 사망의 경우, 공소장에 살인의 실행행위로 기재된 당해 행위가 얼마나 결정적이었는지 파악하기란 쉽지 않다.

이에 더하여 피고인이 피해자가 사망을 문언적 의미로 ‘의욕’하지는 않은 경우, 즉 이 세상에서 피해자가 사라져버리기를 원하는 진정한 의미의 살인의 결과를 원하였는지에 대해서는 앞서 본 ‘울산계모사건’이나, ‘윤일병 사망사건’ 모두 그렇지 않다고 자신 있게 말할 수 있을 것이다. 위와 같은 경우에는 피해자의 사망이라는 결과가 발생할 경우 피고인 자신에게 지극히 불이익한 결과가 예상되기 때문이다. 실제로 위 두 사건의 경우 각 1심에서는 피고인들의 신분 관계상 피해자의 사망을 원했다고 보기 어렵다는 이유로 살인의 고의가 부정되었다.

실무상으로 1980년대 말 이후 인식설에 기초한 듯 보이는 대법원의 판결의 등장은, 결과발생에 대한 행위자의 내면적 심리적 태도를 용인설에 근거하여 판단할 때 자칫 구성요건해당성의 유무를 법관의 주관적 판단에 전적으로 종속시키는 결과를 피하고 용인설에 의할 경우 발생할 수 있는 고의에 관한 입증상의 어려움을 감소시키기 위한 것으로 보인다. 다시 말하면, “인식에 근거한 고의판단은 의사 내지 의욕이라고 하는 내재적 요소를 판단하기 어려운 현실적인-정황증거를 통해서 고의를 확인할 수밖에 없는- 상황에서 불가피하게 선택한 결과” 라고도 할 수 있다.¹²²⁾

122) 주용기, 앞의 논문, p.353.

4. 종합 : 규범력을 강화하는 기준 마련의 필요성

중한 처벌이 예정된 고의의 한계선이라는 중요성에 비추어 볼 때, 미필적 고의라는 영역은 좀 더 일반적으로 알기 쉽게, 그리고 명시적으로 표현하고 규정할 필요가 있으며, 그에 대한 판단기준도 가능한 한 객관화할 필요가 있다. 구체적인 방안은 아래와 같다.

제2절 미필적 고의 판단에 대한 제언

1. 미필적 고의의 범정화

가. 형법 제13조에 대한 비판적 시각

형법 제13조가 일반적으로 사용되는 ‘고의’라는 단어가 아닌 ‘범의’라는 표제로, 죄의 성립요소인 사실을 ‘인식’한 것을 고의로 규정하는 표현을 쓴 것은 고의의 본질에 관한 학설 중 인식설의 입장을 택한 것으로 오해할 여지가 있어 입법론상 타당하지 않다는 지적이 있다.¹²³⁾ 또한 형법 제13조가 제시하는 인식이라는 고의의 최소요건은 이미 학설이나 판례에서 이론(異論)의 여지없는 사실이므로 위 조항을 통하여 고의의 개념내용을 명확하게 할 수 없다는 지적도 있다.¹²⁴⁾

그에 대한 대안으로, 고의의 정의는 고의의 종류에 따라 다양하게 내려지는 것이 바람직하고 일률적 정의는 항상 결함을 드러내게 될 것이므로, 형법에 적극적인 고의 규정을 두거나 고의 내용을 명시하는 것은 바람직하지 않다는 견해가 있다.¹²⁵⁾ 이는 고의의 지적 측면은 불가능→희박한 가능성→가능성→개연성→고도의 개연성→확실성의 순서로 높아질 수 있으며, 고의의 의적 측면인 결과발생에 대한 의욕도 그 정도의 측면에서 불원→무관심→원하지는 않지만 어쩔수 없다고 인용→희망의 단계가 있다는 전제하여, 고의의 구성요소에 내재하는 이와 같은 정도의 차이를 고의의 개념을 범정함으로써 일률적으로 정의하는 것은 정확하지

123) 임웅, 앞의 책, p.167.

124) 조상제, “형법총칙 구성요건 관련조문들의 개정방안”, 형사법연구 제20권 제1호, (2008), p.6.

125) 임웅, 앞의 책, p.167.

않으므로 고의의 종류에 따라 그에 상응하는 다양한 정의를 내리는 것이 바람직하다는 점을 근거로 한다.¹²⁶⁾

그러나 고의라는 개념을 설명하기 어렵다는 이유로 추상적으로 규정하는 것이 타당한지는 의문이다. 헌법 규범의 지위를 가지고 있는 죄형법정주의는 국가 권력을 통한 처벌의 대상이 되는 행위와 행위에 따른 형벌을 법률로 정하고 이를 국민들에게 알릴 것을 기본 전제로 하고 있다. 그 이유는 금지 대상임을 알지 못하고 한 행위에 대해 신체형이 수반되는 법적 책임을 물을 수 없기 때문이다. 그러한 점에서 형법상 구성요건이 무엇인지에 대한 설명은, 특히 핵심이 되는 항목에 대해서는 더욱더 명시적으로 표현하기 위하여 노력할 필요가 있다. 특히 고의 개념은 총칙 규정으로 모든 형사범의 성립요건 검토 시 반드시 거쳐야 할 판단 요소라는 점을 볼 때 그 필요성이 더욱 크다. 판례법의 역사를 가진 미국에서 모범형법전을 자세히 명문화하여 범죄성립의 주관적 요건 판단 기준을 마련하기 위하여 노력한 것도 이러한 측면에서 이해될 수 있다.

나. 형법 제13조에 대한 기존의 개정 논의

형법의 전면개정을 목표로 하여 1985년에 구성된 형사법개정특별위원회 및 그 소위원회의 논의과정에서는 아래와 같은 세 가지 견해가 제시되었다. 첫째는 현행규정을 존치하자는 견해, 둘째는 현행법과 같이 고의의 내용을 기술하되 그 표현을 일반이 알 수 있도록 하자는 견해, 그리고 셋째는 고의의 내용을 기술하지 않고 그냥 고의라고만 표현하자는 견해

126) (Jescheck, Ruß, Willms, Strafgesetzbuch, *Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., (1978), p.263.) 임웅, 앞의 책, p.152.에서 재인용

가 그것이었으며 당시 현행 규정으로 존치시키는 방향의 안이 가결되었다.¹²⁷⁾ 1995년에 형법에 대한 전면개정이 있었는데 그 과정에서 반영되지 않았지만 1992년 형법개정법률안 제11조는 “고의가 없는 행위는 벌하지 아니한다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.” 라고 규정하고 있었고, 고의의 구체적인 내용은 형법개정법률안 제12조 구성요건의 착오 규정에 ‘범죄의 성립요소인 사실을 알[지 못하고]’ 라는 표현을 통해 명확히 한다는 점을 밝혔다.¹²⁸⁾ 2011년 형법(총칙)일부개정법률안에서는 형법 제13조의 표현을 ‘범의’ 가 아닌 ‘고의’ 로 변경하는 정도의 개정안이 있었다.¹²⁹⁾ 이렇듯 형법 개정에 대한 논의가 있을 때마다 고의 규정인 형법 제13조의 개정 여부가 지속적으로 언급되어 왔다.

다. 형법 제13조의 개정 방안

고의라는 말 자체는 ‘일부러’, ‘의도적으로’ 라는 뜻을 품고 있다.¹³⁰⁾ 그런 이유로 피고인들이 “일부러 한 일은 아니다.” 라는 취지로 고의를 부인하는 경우가 많다. 그러나 현재 미필적 고의로 취급되는, 구성요건에 해당하는 행위이며 그에 따른 결과에 다다르리라는 점을 알고

127) 문채규, “고의, 과실 및 구성요건착오에 관한 형법규정의 정비”, 형사법연구 제22호, (2004), p.131.

128) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 형사법개정자료(XIV), (1992), p.30.

129) 법무부, 형법(총칙) 일부개정법률안 제안이유서, (2011), p.24.

130) 표준국어대사전에 “고의”는 ‘1. 일부러 하는 생각이나 태도 2.<법률>자기의 행위에 의하여 일정한 결과가 생길 것을 인식하면서 그 행위를 하는 경우의 심리상태’ 로 규정되어 있다. <http://stdweb2.korean.go.kr/search/View.jsp> (2017. 11. 15. 최종검색)

행위하는 것 또한 과실범과 구별되는 가벌성 있는 행위임에는 틀림없는 바, 이 부분 또한 법률상 처벌된다는 점을 명시할 필요가 있다. 입법자가 구성요건과 형벌의 범위를 명확히 하는 것은 죄형법정주의의 관점에서 요청된다 할 것이다.¹³¹⁾ 명문의 법규정은 법 적용을 받는 국민들에게 해당 법조문의 요건이 어느 범위에 한하여 적용되는지 공지하여 주는 효과가 있기 때문이다.

또한 범죄구성요건의 하나의 축인 주관적 구성요건요소의 강도 측면에서 범죄의 발생가능성에 대한 확실한 인식 및 확정적 의지가 있는 경우보다 강도가 낮은 미필적 고의에 대해서는 법적 효과를 약하게 규정하는 것이 타당하다. 이러한 점을 고려할 때 아래 표와 같은 문구로 형법상 고의 규정을 개정하는 것을 생각해 볼 수 있다.

| 현행 형법 관련 규정 | 미필적 고의를 명시하는 개정 제안 |
|---|---|
| 제13조 (범의) 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다. 단, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다. | 제13조 (고의) ① 죄의 성립요소인 사실에 대한 인식과 의사가 없는 행위는 벌하지 아니한다. 단, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다. ② 죄의 성립요소인 사실에 대한 인식과 의사가 확정적이지 않은 경우 형을 감경할 수 있다. |

표 4 현행 형법 제13조과 개정 제안안의 비교

131) 김종구, “고의와 과실의 중간 개념에 관한 비교법적 고찰”, 형사법의 신동향 제57호, (2017), p.226.

이와 같이 규정할 경우 현재와 같이 “판례상 미필적 고의라는 개념이 있으며, 이는 구성요건적 결과발생이 있더라도 어쩔 수 없다는 정도의 의사만 있어도 처벌한다는 것”이라는 설명을 구구히 덧붙이지 않아도 법 문언상 주관적 구성요건요소의 범위를 짐작할 수 있으며, 고의-과실의 이분법을 택하고 있는 현행 법 체제에 수정을 가하지 않고도 규범적 효과를 높일 수 있다.

2. 미필적 고의 판단기준의 정립

위와 같이 미필적 고의로 인정되는 영역을 법률의 규정에 포함시킨다 하더라도 그 기준을 정하는 문제는 여전히 남는다. 첫째로 그 인식의 대상, 즉 죄의 성립요소인 사실이 무엇인지 확정하여야 하고(지적 요소), 둘째로 ‘범죄실현의 인식과 의욕’¹³²⁾으로 취급되는 고의를 다름에 있어 ‘의욕’이라는 부분을 어떻게 처리할 것인지 정하여야 하며(의지적 요소), 셋째로 위 사항이 확정되었다면 죄의 성립요소인 사실을 인식하고 범행에 나아갔는지 판단할 수 있는 근거는 무엇인지 정하여야 한다.

가. 미필적 고의의 지적 요소

미필적 고의에서 지적 요소는 구성요건요소가 되는 행위, 행위로 인한

132) 신동운, 앞의 책, p.176.

위법한 결과 발생의 위험 및 그 실현가능성에 대한 인식이라 할 수 있다. 인식의 기준이 되는 것은 평균인 내지 표준인으로 삼아야 한다. 주의규범은 각 개인의 능력에 따라 달라지는 것이 아니기 때문이다.¹³³⁾ 다만 공격의 ‘수단’ 차원에서 특수능력에 대한 고려의 여지가 있을 뿐이다. 예를 들면 ‘울대빠 가격사건’의 경우 무술교관 출신인 피고인이 그와 같은 신체적 능력 및 급소에 대한 지식을 가지고 해당 행위를 한 점에 대하여, 보편적이고 일반적인 평균인의 인식을 기준으로 살인의 고의가 인정되었던 것이다.

나. 미필적 고의의 의지적 요소

문제점에서 지적인 바와 같이 결과를 의도하였는지 여부를 피고인에게 직접 물어 확인하여 전적으로 이를 근거로 고의 여부를 판단하는 경우, 납득할 수 없는 결과에 이를 수 있다. 피해자의 사망이라는 결과가 발생할 경우 피고인 자신에게 극히 불이익한 결과가 예상된다는 점이 받아들여져 피고인들의 살인의 고의가 부정되었던 ‘울산계모사건’이나 ‘윤일병 사망사건’의 예가 그러하다. 이러한 점에서 고의의 의지적 요소에 대한 판단이 보다 객관적인 방향으로 나아갈 것이 요구된다. 따라서 미필적 고의의 의지적 요소는 ‘자신의 행위 목적에 필연적으로 내포된 금지 결과를 인식하고도 그러한 행동을 하겠다는 결정’이라고 표현할 수 있다. 이 결정은 별도로 구분되는 내심의 의사결정 단계를 요하는 것이

133) 이용식, “과실범 이론의 변화에 관하여”, 법학 제44권 제2호, (2003), p.236.

아니고 행위 당시 및 전후 사정을 외부에서 관찰하여, 발생 가능한 범의 침해방향으로 나아감에 주저함이 없는 경우에 인정된다고 보아야 한다.

다. 미필적 고의의 판단 기준

1) 판례상 미필적 고의의 판단 기준

대법원은 미필적 고의의 구체적인 판단 기준으로 “범행에 이르게 된 경위, 범행의 동기, 준비된 흉기의 유무·종류·용법, 공격의 부위와 반복성, 사망의 결과발생가능성 정도, 범행 후에 있어서의 결과회피행동의 유무 등 범행 전후의 객관적인 사정”을 고려하여야 한다고 제시하고 있다.¹³⁴⁾ 그러나 앞서 문제점에서 지적한 바와 같이 여전히 위 고려 사항들도 추상적인 표현일 수 있으며 자의적 판단 가능성을 배제하지 못한다. 따라서 위 인식의 대상들도 보다 구체화할 필요가 있고 경험적 연구를 통하여 합리적이고 납득할 만한 고의 판단 기준을 마련하여야 할 것이다.

2) 판단 시 주의하여야 할 요소

첫째, 수사기관 및 법원의 질문에 대한 피고인 자신의 고의자백 진술은 앞서 문제점에서 지적한 바와 같이 질문의 부정확성과 형사소송의 이념에 맞지 않는다는 점에서 유죄의 증거로 사용하는데 신중을 기하여야 한

134) 대법원 2000. 8. 18. 선고 2000도2231 판결

다. 둘째, 구성요건적 행위 이후의 사정을 고려할 때에는 전후 사정을 살펴 구성요건적 행위와 시간적 단절 및 맥락의 단절이 있는 행위가 아닌, 범죄행위와 연장선상에서 벌어진 행위로 평가할 수 있는 행위인지 여부를 엄격히 따져야 한다. 셋째, 미필적 고의와 우발적 범행은 양립 불가능한 개념이 아니라는 점에도 유의하여야 한다. 넷째, 지속적 가해 행위가 있어왔다는 점은 살인의 구성요건적 행위로 평가되는 범행 단일의 피고인의 행위의 미필적 고의를 배척하는 사유로 쉽게 받아들여서는 안된다.

3) 미필적 고의의 구체적인 판단 기준 생성

위와 같은 점을 반영하고 기존의 살인죄 판례에서 미필적 고의 인정 여부를 검토하기 위하여 고려한 요소들을 모아, 보다 중요하게 반영된 요소들에 가중치를 부여하는 등의 방법으로 고의를 측정할 수 있는 도구를 개발해 보는 것도 의미있는 일이다. 거칠게 생각해 본 ‘살인의 고의 측정표(안)’은 다음과 같다.

순번 1, 2, 3, …으로 시작하는 부분은 판례가 실시한 법리를 분설한 것이고, 아래 항인 순번 가, 나, 다, …로 시작하는 부분은 이 논문에서 분석한 개별 판례에서 살인죄의 미필적 고의를 인정 또는 부정하는 근거가 되었던 사실관계에 따른 판단 근거를 추출한 것이다. (+) 또는 (-) 표시는 미필적 고의 인정에 얼마나 긍정적(+) 또는 부정적(-) 요소로 작용하였는지에 대하여 가중치를 두어 본 것이다. 보다 정확한 분석을 위하여서는 미필적 고의를 인정한 경우의 판결의 상세 내용을 알아야 하고 의미있는 정도의 표본에 대한 통계적 접근이 필요할 것이다.

1. 범행 경위

가. 지인 관계 여부(+) / 나. 평소의 감정(+)

2. 범행에 이르게 된 동기

가. 선행다툼(+) / 나. 피해자의 도발(++)

3. 도구

가. 위험성의 정도(종류)(+++)/ 나. 얻게 된 경위(+)/ 다. 사용방법(+++)

4. 공격

가. 부위(+++)/ 나. 횟수(+++)/

다. 그로부터 파생된 제3의 타격과 피고인의 예측가능성(+)

라. 사인(死因)과 관련한 의도적 타격(+++)

5. 피고인 및 피해자 특성

가. 관계(+)/ 나. 체격(++)/ 다. 피해자의 방어 가능성(-)

라. 피고인의 공격방법에 대한 지식의 정도(++)

6. 범행 후 결과회피행동의 유무

가. 회피행동의 적정성(---)/ 나. 시간적 근접성(--)

다. 가장(假裝)의 필요가 있는 상황인지 여부(+)

표 5 살인의 미필적 고의 측정표(안)

3. 미필적 고의 판단 시 의지적 요소 판단 단계 명시

최근 인식 여부만을 요구하는 듯한 판례의 표현이 자주 등장하는 점에 대해 “인식적 요소에 의하여 고의의 성립을 인정하고 난 후 -이론의 일관성을 위해- 인식적인 요소로부터 의적인 요소를 추론하여 사후적으로 원용하고 있음을 의미하는 것으로 결국 고의의 성립요소로서의 의적인 요소의 존재를 지적 요소와 독립적으로 입증하는 것이 아니라 지적 요소에서 미루어 가정적으로 판단하는 것이라고 할 수 있으며 위험에 처한 법익에 대한 행위자의 내심적·정서적 태도라는 의지적 요소는 인격적 비난가능성 즉 책임과 형벌을 양정하는데만 의미가 있다는 견해”¹³⁵⁾가 있으며, 현재 판례의 태도에 대한 합리석 해석이라고 판단한다. 즉, 판례는 미필적 고의의 의지적 요소를 고려의 대상에서 제외하는 것이 아니라 인식에 대한 판단 과정에서 의지적 요소를 포함하여 판단하고 있는 것이다.

그러나 미필적 고의를 판단함에 있어 행위반가치의 핵심이라 할 수 있는 의지적 요소를 지적 요소에 뭉뚱그려 판단하는 것은 옳지 못하다. 분명히 존재하는 하나의 판단 단계를 짚고 넘어가지 않을 경우, 피고인에게 불이익한 유죄 인정을 용이하게 하여 과실의 성립 여지를 줄이고 미필적 고의를 넓게 인정하는 결과에 이를 수 있기 때문이다. 즉, 주관적 구성요건 요소 판단 시에는 ① 확정적 고의 유무→② 미필적 고의의 지적 요소 유무→③ 미필적 고의의 의지적 요소 유무의 확인 단계를 명시적으로 거쳐야 한다. 이러한 노력이 미필적 고의의 내용을 일반에 보다 명확히 알리고 규범적 효력을 높이는 방법이 될 것이다.

135) (문채규, 앞의 “미필적 고의”, p.233~234.) 주용기, 앞의 논문, p.356~357.에서 재인용

4. 의심스러울 때는 결과적가중범을 인정

살인죄의 경우 형법전에 규정된 대표적인 중죄로 사회적 파급효과가 크고 그에 따라 판결에 대한 여론의 압박도 강하게 보이는 것이 사실이다. 그러나 하나의 사건이 고의범에 해당하는지 과실범에 해당하는지는 행위자에 대한 비난가능성이 아닌 행위불법에 대한 인식 유무 및 정도에 따라 판단되어야 한다. 위와 같이 최대한 정제된 기준을 정하고 그에 따라 판단을 하여도 고의범이라는 판단을 하기 힘들다면 ‘의심스러울 때는 피고인에게 유리하게(in dubio pro reo)’라는 형사법의 원칙에 따라 과실범을 인정하는데 주저함이 없어야 한다. ’ 윤일병 사망사건 ‘의 대법원 판결에서 공범들에 대한 원심의 살인죄 인정에 대하여 “형벌법규의 해석과 적용은 엄격하여야 하므로, 비록 범행 결과가 매우 중대하고 범행 동기나 방법 및 범행 정황에 비난 가능성이 크다는 사정이 있더라도, 이를 양형에 불리한 요소로 고려하여 그 형을 무겁게 정하는 것은 별론, 그러한 사정을 이유로 살인의 고의를 쉽게 인정할 것은 아니고 이를 인정함에 있어서는 앞서 본 법리에 따라 신중을 기하여야 한다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도5355 판결).” 는 법리를 적용하여 고의범 성립 범위를 줄이고자 하였던 것도 이와 같은 맥락에서 파악된다.

실제로 인적 관계 및 잔인성으로 비난가능성이 높았던 ‘울산계모사건’은 1심에서 상해치사죄로 인정되었음에도 이례적으로 징역 15년형을, ‘윤일병 사망사건’의 주범의 경우 1심에서 살인의 점이 인정되지 않았음에도 징역 45년형을 각각 선고 받았다. 대검찰청 또한 보도자료를 통해 “폭력행위가 생명을 앗아간 경우 법정최고형인 무기징역까지 구형” 할 것을 선언하여 엄벌의 필요성이 있는 경우 죄명과는 별개로 형사처벌의 공백이 없게 할 것을 다짐하고 있다.¹³⁶⁾ 또한 제2장 제1절 2항에

서 검토한 바와 같이 우리 형법 및 특별법은 중범죄가 결부된 경우 이미 높은 법정형을 예정하고 있어 살인죄가 아닌 치사죄가 인정될 경우에도 반드시 법정형이 낮을 것이라고 보기는 어렵다.

136) 대검찰청 보도자료, “폭력범죄 엄정 대처를 위한 사건처리기준 강화”, 2017. 3. 2.

제5장 결론

지금까지 검토한 바와 같이 미필적 고의라는 판례상 인정되는 용어의 모호성 및 판단기준 미확정으로 인하여 고의의 한계에 대한 논란이 많은 것이 사실이다. 대법원 또한 그러한 문제점을 인식하고 특히 살인죄에 있어서는 객관적인 사정을 통하여 미필적 고의 유무를 판단함으로써 증명의 객관화를 꾀하는 경향을 보이고 있다. 그러나 아직 하급심 판례 및 사회적 이슈가 되는 판례에서 미필적 고의 인정기준 및 인정 여부에 대한 논쟁이 끊이지 않고 있다.

고의의 개념의 세분화는 연혁적으로 처벌범위 및 강도를 줄이고 형벌 요건을 합리화하기 위한 시도에서 비롯한 것이다. 미필적 고의라는 개념 또한 그러한 과정에서 탄생하였다. 그러나 오히려 미필적 고의라는 개념이 일반 시민들에게 처벌범위에 대한 혼란 및 법 판단 결과에 대한 의구심을 불러일으킨다면 그것은 규범으로서의 역할을 다하고 있다고 할 수 없다. 이러한 의미에서 고의의 하한이 되는 지점이 무엇인지 형법 규정에 삽입할 필요가 있으며 판단 기준을 보다 정형화 할 것이 요구된다.

살인죄에 대한 고의 인정 여부가 문제되는 사안을 접할 때, 직관적으로 어떤 경우는 고의가 있다고 보아야 할 듯 하고, 어떤 경우는 고의가 있다고 보기 어려워 보인다는 판단기준을 누구나 가지고 있을 것이다. 그리고 그 경계를 구분 짓는 가장 큰 요소는 대개 ‘당해 행위가 피고인의 어떠한 의사 하에 행해진 것인지’ 일 것이다. 즉, 피고인에게 피해자를 상대로 하는 가해의사가 보다 명확할 때 살인죄의 고의가 인정되기 쉬워진다는 것이다. 이미 검토한 판례 중 널리 알려진 판례인 ‘세월호 사건’의 선장에 대한 판단의 경우 살인죄 인정이 불합리하다는 생각이 들

었다면 그 이유는 세월호 선장의 구성요건적 부작위의 방향이 피해자들을 직접적으로 향한 것이 아니고, 주된 동기가 자신의 신체의 안전을 위함이었다는 것이 그 이유일 것이다. 반면에 ‘윤일병 사망사건’이나 ‘울산계모사건’의 하급심이 살인의 고의를 인정하지 않았을 때 불합리한 결론이라는 생각이 들었다면, 그것은 위 두 사건의 경우 피고인의 행위가 근거리에서 있는 약자인 피해자를 직접 겨냥한 것으로 방향성 및 가해의사가 뚜렷이 드러났기 때문일 것이다.

이것이 미필적 고의를 판단할 때 구성요건적 결과발생 가능성에 대한 인식 외에 피고인의 당해 행위에 대한 의사를 신중히, 그리고 정밀하게 판단하여야 하는 이유이다. 그런 의미에서 판례가 일부 학자로부터 ‘인식설’에 입각하였다고 평가받을 정도로¹³⁷⁾, ‘행위의 결과발생가능성을 인식 또는 예견하였는지 여부’만을 기준으로 하여 미필적 고의 여부를 판단하는 점은 시정되어야 한다고 본다. 즉 미필적 고의 검토 시 의지적 요소를 지적 요소 판단에 숨겨두지 않고, 별도의 판단 단계로 보아 명시적으로 드러내어 검토할 필요가 있다는 것이다. 그리고 이 때의 의지적 요소라는 것은 ‘피고인의 피해자에 대한 생명침해의 결심’이 아닌 ‘생명침해의 결과를 가져오기에 충분한 행위를 하고자 하는 의지’라는 점을 밝혀둔다.

이렇듯 개념본질상 쉽게 증명이 어려운 미필적 고의 인정의 기준을 최대한 명확히 하고 판단 근거를 객관화한다면, 금지규범에 대한 국민들의 예측가능성을 높여 법치주의의 실현에 한 발 다가갈 수 있을 것이다.

137) 박상기, 앞의 책, p.116.

참 고 문 헌

단행본

2017 양형기준(2017), 양형위원회.

김일수, 서보학(2011), 새로쓴 형법총론(제12판), 박영사.

牧野英一(1952), 형법총론, 영웅출판사.

박상기(2004), 형법총론(제6판), 박영사.

법무부(1983), 미국모범형법·형사소송규칙 법무자료 제50집.

법무부(2009), 오스트리아 형법.

법무부(1992), 형법개정법률안 제안이유서, 형사법개정자료(X IV).

법무부(2011), 형법(총칙) 일부개정법률안 제안이유서.

손동권·김재윤(2011), 새로운 형법총론, 율곡출판사.

신동운(2011), 형법총론(제6판), 법문사.

오영근(2005), 형법총론, 박영사.

이재상(2014), 형법총론(제7판), 박영사.

임웅(2014), 형법총론(제6정판), 법문사.

정영일(2009), 형법개론(제3판), 박영사.

한국형사정책연구원 연구총서 11-34(2011), 2011년도 형법·형사소송법 및
형사특별법 제·개정안 분석과 입법정책 개선방안.

형사법령제정자료집(1)형법(1990), 한국형사정책연구원.

학술논문

김슬기(2009), “미국 형사법상 범의(Mens Rea)와 엄격책임(Strick Liability)에 관한 고찰”, 법학연구 제19권 제2호.

김인화(1960), “미필의 고의“, 법학논총 제3권 제2호.

김용욱(2001), “미필적 고의와 과실의 구분에 관한 연구”, 비교형사법 연구 제3권 제2호.

김종구(2014), “미국 형법상 Recklessness 개념에 관한 고찰”, 형사법의 신동향 제45호.

김종구(2017), “고의와 과실의 중간 개념에 관한 비교법적 고찰”, 형사법의 신동향 제57호.

류부곤(2012), “고의의 본질에 관한 소고”, 형사법연구 제24권 제3호.

문채규(2004), “고의, 과실 및 구성요건 착오에 관한 형법규정의 정비”, 형사법연구 제22호.

문채규(1989), “미필적 고의”, 안동대학교 논문집 제11권.

문채규(2009), “부진정부작위범에 있어서 상응성 요건의 허와 실”, 비교형사법연구 제11권 제1호.

박경규(2016), “세월호 판결의 논증상의 문제점-미필적 고의와 범죄참가 형태를 중심으로”, 법학논고 제53집.

박상기(2002), “고의의 본질과 대법원 판례의 입장”, 박영사, 형사판례 연구 10권.

박상진(2007), “영미형법에 있어 주관적 범죄요건(Mens Rea)에 대한 연구”, 비교형사법 연구 제9권 제2호.

이경재(2009), “영국형법상 범죄의 주관적 요소”, 법학연구 제20권 제1호.

이민식, 박미량(2010), “살인미수범죄의 양형에 관한 경험적 연구: 제1기 양형기준 적용현황 분석”, 한국범죄학 제4권 제2호.

이수진, 최석윤(2015), “세월호 사고에 대한 형사재판의 쟁점”, 비교형사법연구 제17권 제1호.

이용식(2003), “과실범 이론의 변화에 관하여”, 법학 제44권 제2호.

이정원(2000), “부진정부작위범의 구조적 문제점”, 형사법연구 제14권.

임정호(2016), “부진정 부작위범의 보증인 의무의 한계”, 형사법연구 제28권 제1호.

장규원(2007), “미국 모범형법전에 대한 고찰”, 비교형사법 연구 제9권 제1호.

정재준(2016), “형법상 범죄의 주관적 구성요건에 대한 미국과 한국의 비교 연구”, 비교형사법연구 제18권 제1호.

조상제(2008), “형법총칙 구성요건 관련조문들의 개정방안”, 형사법연구 제20권 제1호.

주용기(2014), “미필적 고의와 명확성원칙에 관한 고찰-대법원 2006. 4. 14. 선고 2006도734 판결-”, 한양법학 제25권 제3호.

최호진(2016), “세월호 선장과 간부선원의 형사책임에 대한 대법원 판결 법리 분석과 비판”, 아주법학 제9권 제4호.

한인섭(2009), “가정폭력 피해자에 의한 가해자 살해 : 그 정당화와 면책의 논리”, 법학 제37권 제2호.

외국 문헌

Dressler, J. (2009), Understanding of Criminal Law(5th edition),
LexisNexis

Williams, G. L. (1983), Textbook of Criminal Law(2nd edition), Stevens.

Abstract

A Study on Mipiljeog Goeui in Criminal Law - Focused on Crime of Murder -

Noh, Hyeongmee

Department of Law, Criminal Law

The Graduate School

Seoul National University

Article 13 of Criminal Act in Korea stipulates that “act performed through ignorance of the facts which comprise the constituent elements of crime shall not be punishable, except as otherwise provided by Criminal Act”, which means that when a person perceives the facts that constitute an element of a crime, the one shall be a subject of penalty as he has a criminal intent. The term ‘Mipiljeog Goeui’ is

used to distinguish the difference in perception and willingness of the elements of crime in regard to criminal intent in judicial precedents. However, the word ‘Mipiljeog’ is a term that is not commonly used elsewhere, except for the term ‘Mipiljeog Goeui’ , making it difficult to grasp the exact meaning of the term itself. Thus, the notion of the term is controversial and the discussion on the subject is still ongoing. For these reasons, the legal criteria for Mipiljeog Goeui depends on the court decision, which is highly questionable in light of the principle of legality(*Nulla poena sine lege*).

The purpose of this study was to examine whether the criteria used in explanation and judgment of Mipiljeog Goeui in judicial precedents is pertinent and to suggest the implications for improvement in case problems exist by reviewing the court decisions and precedent cases. To meet its purpose, the scope of the research in this study was limited to crime of murder, which requires the willful element of criminal intent and diversifies the charge and the level of punishment by existence of intent.

According to findings from previous research, it is notable that nearly half of the convicted cases of attempted murder from 2009 to 2010 were found on Mipiljeog Goeui in pleading guilty. Given the situation, the need to discuss the term Mipiljeog Goeui began to emerge as a new controversy.

This study reviewed the theories on Mipiljeog Goeui with perception in the study of criminal law and discussed the subjective elements of constituting crime in Model Penal Code in the United States. As a

result, it was suggested that definite and rational criteria of judgement in Mipiljeog Goeui be explicitly presented rather than interpretation of the law on basis of a specific existing theory.

Therefore, it analyzed the judicial precedent cases where the judgement of the murder charges between investigation agencies and the courts were different from each other by examining the criteria of judgement and its grounds, assuming that the notion of Mipiljeog Goeui was actively and fiercely discussed in those cases.

The result of this study are as follows: First, it was found that it was difficult to determine the definite written concepts in elements of crime, which suggests the lowest criterion of criminal intent, was difficult as analyzed cases used the words such as perception, anticipation, approval, and possibility to demonstrate the term Mipiljeog Goeui. Second, it was also found that there was a tendency to rely on the defendant's testimony in judging the existence of criminal intent, which is contradictory to the defendant's right to defense and may be altered by the inducement of investigation agencies. Third, it appeared that there was still a room for the decision to be changed according to the interpretation as presented criteria for judgement are still ambiguous. Fourth, it was noted that the problem of difficulty in burden of producing evidence existed. Considering the result from the analysis, it concluded that it is needed to intelligibly stipulate and explicitly describe the term Mipiljeog Goeui, and to objectify the criteria for judgement as possible in a regard to its importance of the lowest criteria of criminal intent.

As for policy recommendations, first and foremost, it suggests that Article 13 of Criminal Act in Korea be amended. As the explanation of the term Mipiljeog Goeui is insufficient in the written context of the Article 13, the term ‘Beomeui’ should be changed into the term ‘Goeui’, which is more omnipresent. In addition, paragraph 2 of the Article 13 should be created by adding the regulation on arbitrary mitigation in case that a person’s perception and willingness were not definite about the facts that constitute the elements of crime, which is recognized in the judicial precedents.

Second, it recommends that the defendant’s testimony on criminal intent, which frequently used as grounds for pleading guilty, should be excluded as possible. Rather, it should be to specify and objectify the criteria for judgement on Mipiljeog Goeui on the grounds by focusing externally observed situation and accepting the circumstances in the limit of not breaking the contexts. It would be also meaningful to develop a tool that measures the intention by collecting the elements used as the criteria and basis for Mipiljeog Goeui in the judicial precedents, statistically analyzing them and assigning weight to each item.

Third, it argues that it needs to explicitly describe the phases of judging the willful elements which is distinguishable from the perceptive elements in criminal intent to deliberate on Mipiljeog Goeui.

Fourth, even though the judge has made such a deliberate judgment, if there is a reasonable doubt about the recognition of intent in crime of murder, it should be judged that the act is an offense aggravated by

consequence in principle. It is also understood that absence of punishment does not occur in case of above.

Keyword: Murder, Mipiljeog Goeui, Mens Rea, Recklessness,
Gyeolgwajeog gajungbeom

Student Number : 2016-21378